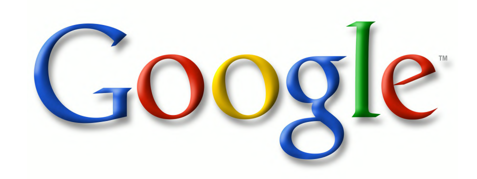
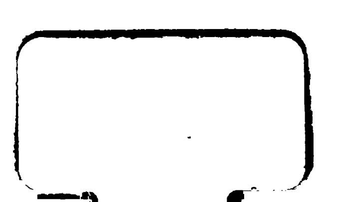




HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 968 373





Belgium

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie.

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME DIX-NEUVIÈME.

(4e ÉDITION.)



BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS
SUCCESSEUR : ÉMILE BRUYLANT
RUE BLAES, 33.

PARIS
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
A. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, SUCCESSEURS
RUE SOUFFLOT, 20.

1887

For TK

TITRE IV.

DES OBLIGATIONS (suite).

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS (SUITE).

SECTION VII. — De l'action en nullité ou en rescision des conventions (suite).

ARTICLE 2. De l'action en nullité.

§ Ier. *De la prescription de l'action en nullité.*

Nº 1. PRINCIPE.

1. « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans » (art. 1304). En général, les actions se prescrivent par trente ans (art. 2262). Pourquoi les actions en nullité sont-elles prescrites par un délai beaucoup plus court? Le rapporteur du Tribunat en donne deux raisons. Il dit d'abord qu'il fallait un délai, l'intérêt public l'exige; les propriétés ne doivent pas rester longtemps incertaines. Cela est d'évidence; mais ce motif n'explique pas pourquoi la loi déroge au délai général. L'action en revendication dure trente ans; voilà la propriété incertaine pendant une vie d'homme : pourquoi l'action en nullité d'un

contrat translatif de propriété ne dure-t-elle que le tiers de ce temps? Jaubert ajoute : « Un laps de temps sans réclamation doit faire présumer la ratification (1). » Tel est le vrai caractère de la prescription de dix ans que la loi établit pour les actions en nullité. D'après le texte de l'art. 1304, l'action ne s'applique qu'aux conventions; elle est donc intentée par l'une des parties contractantes contre l'autre. Celui qui contracte doit savoir si le contrat qu'il a consenti est valable ou nul; cela est évident pour les causes de nullité que la loi prévoit : l'incapacité, les vices de consentement. D'un autre côté, un laps de quelques années lui suffit pour juger de l'utilité du contrat. Il sait donc qu'il peut agir en nullité et il sait s'il a intérêt d'agir ; s'il garde le silence pendant dix ans, on doit croire qu'il approuve le contrat, qu'il renonce au droit qu'il avait d'en demander la nullité. C'est une confirmation tacite.

Le texte même de l'article 1304 vient à l'appui de cette interprétation. Pourquoi le délai de dix ans ne court-il, en cas de violence, que du jour où elle a cessé? dans le cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts ? en cas d'incapacité, que du jour où l'incapable est devenu capable? C'est que l'on ne peut pas supposer que celui qui a consenti par violence confirme le contrat et couvre le vice aussi longtemps que le vice dure. On ne conçoit pas même la confirmation, tant que l'erreur ou le dol ne sont pas découverts; et un incapable ne peut pas confirmer, parce qu'il ne peut pas renoncer. Toutes ces dispositions impliquent donc que la prescription de dix ans est une confirmation tacite (2). Le principe est fondamental, toutes les règles qui régissent la prescription de l'article 1304 en découlent.

2. De ce que la prescription de dix ans est une confirmation, faut-il conclure qu'elle est soumise à toutes les conditions que l'article 1338 exige pour la validité de

(1) Jaubert, Rapport, n° 60 (Locré, t. VI, p. 219).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 497, n° 265 *bis* I. Aubry et Rau, t. IV, p. 270, note 3, § 339. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Zachariæ.

la confirmation? En théorie, il faudrait répondre affirmativement; la loi elle-même applique à la prescription la règle qui concerne l'époque à laquelle la confirmation peut avoir lieu. Il a cependant été jugé que la prescription décennale, lorsqu'il s'agit d'un acte nul en la forme, n'est pas soumise, comme la confirmation, à la condition de la connaissance réelle du vice de l'acte. Cela n'est pas logique, mais c'est une conséquence des principes qui régissent la prescription. Dès que l'action est ouverte, la prescription court, quand même celui contre lequel elle court ne connaîtrait pas le droit que l'on prescrit contre lui. Il en doit être de même de la prescription de dix ans. La loi déroge, il est vrai, au droit commun, en ce qui concerne l'époque à laquelle la prescription commence à courir lorsqu'il s'agit d'un vice de consentement ou de l'incapacité; mais elle n'y déroge pas pour les autres causes de nullité. Il résulte de là une inconséquence qu'il est impossible de justifier. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, les héritiers attaquaient le contrat de mariage de leur auteur pour vice de forme; ils furent déclarés non recevables, parce que le délai de dix ans était expiré; il avait commencé à courir dès la mort de l'époux, bien que les héritiers n'eussent aucune connaissance du vice qui leur donnait le droit d'agir. Ainsi ils étaient censés avoir confirmé un acte en renonçant à une action dont ils ignoraient l'existence! Cela est illogique, mais au point de vue des textes et des principes, l'arrêt de la cour de cassation nous paraît irréprochable (1).

Faut-il au moins que ceux contre lesquels la prescription court aient pu connaître le vice qui entache l'acte, de sorte que c'est par négligence qu'ils l'ont ignoré? La cour de Caen a jugé dans ce sens (2). Nous reviendrons sur la question au titre de la *Prescription*, elle tient à un principe général : il s'agit de savoir si la prescription court dès que légalement on peut agir, ou si elle ne court que du moment où de fait on a pu agir.

(1) Rejet, chambre civile, 26 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 246).
(2) Caen, 17 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 13).

3. Nous qualifions de prescription le délai de dix ans. La question est vivement controversée. L'article 1304 ne se sert pas du terme de *prescrire,* comme le fait l'article 2262. De là un motif de douter. Ce doute ne nous paraît pas sérieux. Domat et Pothier, les guides habituels du code, enseignent que le délai de dix ans est une prescription, d'où suit qu'il est suspendu par la minorité de celui contre lequel la prescription court. Qu'importe que l'article 1304 ne contienne pas le mot de *prescription,* quand la chose y est? Comme le dit très-bien la cour de Pau, le délai dans lequel l'action en nullité doit être intentée est une prescription, parce qu'il en produit tous les effets (1). Quel est l'effet de la prescription? Elle éteint l'action qui naît d'un contrat et libère en conséquence celui contre lequel cette action pouvait être formée. N'est-ce pas là l'effet du délai de dix ans dans lequel l'action en nullité doit être formée? Celui qui avait le droit de demander la nullité de la convention ne pouvant plus agir, il en résulte que le créancier acquiert irrévocablement les droits que le contrat lui confère et dont il aurait été dépouillé si l'action avait été formée à temps. Puisque le délai est une prescription, il faut appliquer les principes qui régissent la prescription, notamment les règles qui suspendent la prescription au profit des mineurs et des interdits.

4. C'est cette question de suspension qui est si vivement controversée. Au point de vue des principes, nous n'y voyons aucun doute. L'article 2252 porte que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278 et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. Ce n'est donc que par exception que la prescription court contre les mineurs et les interdits, qui leur sont assimilés; or, toute exception demande un texte; l'article 2252 le dit formellement : ce n'est que dans les cas déterminés par la loi que la prescription court contre les mineurs. Cela simplifie singulièrement la difficulté. Où est la loi qui décide que la prescription de dix ans court contre les mineurs? Le si-

(1) Pau, 11 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Prescription civile,* n° 690).

lence du code décide la question. On invoque par analogie les dispositions qui font courir la prescription contre les mineurs; mais les articles 1663 et 1676 témoignent contre ceux qui les invoquent; ce sont des exceptions, et les exceptions confirment la règle, en ce sens que la règle doit être appliquée à tous les cas qui ne sont pas exceptés. Si le législateur avait entendu que la prescription coure contre les mineurs dans le cas de l'article 1304, il l'aurait dit et il aurait dû le dire, comme il l'a fait dans les articles 1663 et 1676; par cela seul qu'il n'a pas fait d'exception à la règle, la règle conserve tout son empire (1). Vainement invoque-t-on l'esprit de la loi. On trouve absurde que la prescription de deux ans de l'article 1676 coure contre le mineur quand il s'agit d'une action en rescision, et que la prescription de dix ans ne coure pas contre lui quand il s'agit d'une action en nullité ou en rescision. Il nous suffirait de répondre que le législateur l'a voulu ainsi, ce qui est décisif; mais l'esprit de la loi, aussi bien que le texte, tourne contre ceux qui y cherchent un appui. Si la prespription de l'article 1676 court contre le mineur, c'est parce que les partisans de la rescision ont voulu faire une concession aux adversaires que la rescision trouva au conseil d'Etat, en limitant à une durée très-courte et invariable la durée de l'action. Ce motif n'a rien de commun avec l'article 1304, la prescription de dix ans est une confirmation ; donc elle ne peut pas courir contre le mineur, car le mineur ne peut pas renoncer et le tuteur ne le peut pas non plus par son silence et son inaction. L'esprit de la loi est décisif comme le texte.

On invoque deux articles du code à l'appui de l'opinion que nous combattons. L'article 2264 porte : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » On conclut de là que la règle de l'article 2252 n'est pas applicable à la prescription de

(1) Rejet, 8 novembre 1843, sur les conclusions de Delangle (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 690).

l'article 1304. C'est trop prouver, car il en faudrait aussi conclure que les règles de l'interruption de la prescription ne sont pas applicables aux prescriptions dont il est question dans les divers titres du code. Cela prouve que l'on fait dire à l'article 2264 autre chose que ce que la loi a voulu dire. Cet article est placé dans la section qui traite de la prescription trentenaire, c'est-à-dire du temps qui est requis, en général, pour la durée de la prescription; il y a des prescriptions plus courtes; c'est de ces courtes prescriptions que l'article 2264 entend parler; la loi ne parle que du temps requis pour prescrire; la disposition de l'article 2264 est donc étrangère à la suspension de la prescription.

On cite encore l'article 1304; c'est le siége de la matière, c'est là que le législateur aurait dû établir une exception à la règle si telle avait été son intention. Il est question des mineurs dans l'article 1304 : la loi dit que la prescription de dix ans ne court, à l'égard des actes faits par les mineurs, que du jour de leur majorité. Ainsi, dit-on, la prescription ne court pas contre le mineur pour les actes faits par lui, donc elle court contre lui pour les actes faits par un majeur auquel il succède. Les cours de Nîmes et de Pau se sont donné la peine de répondre à cette étrange argumentation (1). Si jamais argument *a contrario* doit être rejeté, c'est bien celui-ci. Quoi! le législateur ne veut pas que la prescription coure contre le mineur, alors que c'est lui qui a agi, parce qu'il ne peut pas confirmer, et la prescription courrait contre lui pour un acte fait par celui auquel il succède! Eh! qu'importe que l'acte soit fait par lui ou par un autre! Là n'est pas la raison de décider. Il s'agit de savoir si le mineur peut confirmer; peut-il renoncer à un droit qui lui vient de son auteur, plutôt qu'à un droit qu'il tient d'un acte par lui fait? La question n'a pas de sens. Il est

(1) Nîmes, 20 juin 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2931). Pau (cité page 8, note 1). Comparez Limoges, 26 mai 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2931). Agen, 10 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 2, 53). Liége, 3 juin 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 149). En sens contraire, Angers, 22 mai 1834 (Dalloz, au mot *Prescription*, nº 690).

inutile d'insister. Nous ajouterons un mot sur un motif qui paraît avoir déterminé Toullier. « Il serait effrayant pour la société, dit-il, de laisser incertaine, pendant toute la vie de l'interdit, le sort des conventions faites de bonne foi avec lui dans un temps où son interdiction n'était pas prévue. » Duranton abonde dans cet ordre d'idées : c'est pour assurer la stabilité de la propriété, dit-il, que la loi a fixé la durée de la prescription à dix ans (1). Le motif est imaginaire; est-ce que la prescription générale qui est de trente ans compromet la propriété en la laissant incertaine pendant un temps trois fois aussi long que le délai de l'article 1304? Il ne s'agit pas d'assurer la propriété dans la prescription de dix ans; le législateur l'établit, parce que celui qui n'agit pas confirme. Peut-on admettre qu'un interdit confirme? et qu'est-ce qu'il y a d'*effrayant* à ce qu'il ne le puisse pas?

5. La prescription de dix ans peut être interrompue. Cela est admis par tout le monde. Seulement il faut remarquer que la plupart des actes interruptifs ne reçoivent pas d'application à la prescription de dix ans. C'est ce qu'a très-bien établi M. Colmet de Santerre, auquel nous renvoyons. Toutefois il peut y avoir interruption de la prescription décennale; la jurisprudence en offre un exemple. Un mineur, de concert avec sa sœur, abandonne aux enfants du premier lit leur part dans la succession de leur auteur, à charge par ceux-ci d'acquitter toutes les dettes de la succession; aucun prix ne fut stipulé. Dix ans plus tard, ils intentèrent une action en partage contre leurs frères consanguins. L'assignation ne concluait pas à la nullité de l'acte de cession; ce n'est que quatre ans plus tard qu'ils demandèrent la nullité. On leur opposa la prescription. Pour l'enfant majeur, la prescription était, en effet, accomplie lors de la demande en partage, elle ne l'était pas à l'égard de l'enfant mineur, contre lequel elle n'avait pas couru pendant sa minorité. Avait-elle été interrompue par l'action en partage? La

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 461, n° 616. Duranton, t. XII, p. 654, n° 548. L'opinion contraire est généralement suivie. Colmet de Santerre, t. V, p. 499, nos 265 *bis* III et IV)

cour de Bordeaux décida que la demande en partage valait interruption de la prescription. A la vérité, l'action en partage et la demande en nullité de la cession étaient deux actions distinctes; mais, dans l'espèce, la première contenait virtuellement la seconde; en effet, si la cession était maintenue, il n'y avait rien à partager; donc, demander le partage, c'était demander implicitement la nullité de la cession. Aussi l'exploit introductif d'instance concluait à ce qu'il fût procédé au partage, » sans égard à aucun acte qui pourrait être produit; » ces termes se référaient à l'acte de cession; il y avait donc interruption de prescription par l'effet de l'action en partage (article 2244). Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

6. L'article 1304 suppose qu'il y a des délais moindres que celui qu'il prescrit. Nous avons déjà cité l'art. 1676 qui limite à deux ans l'action en rescision, pour cause de lésion, d'une vente d'immeubles. L'article 1854 établit une prescription de trois mois, On peut encore citer l'article 183 qui veut que l'action en nullité du mariage, pour vice de consentement, soit formée dans le délai d'un an.

N° 2. CONDITIONS.

7. L'article 1304 pose le principe : il faut qu'il s'agisse d'une « action en nullité ou en rescision d'une convention. » Cela suppose que la convention a une existence légale, mais qu'elle est entachée d'un vice qui la rend nulle, c'est-à-dire annulable. Si la convention est inexistante, elle ne donne pas lieu à une action en nullité, car on ne peut demander la nullité du néant et une convention que la loi ne reconnaît pas est un vrai non-être. Sans doute, si le prétendu créancier demande l'exécution d'une obligation inexistante, il faut que le débiteur repousse l'action en concluant à ce que la convention soit déclarée non existante; peu importe la forme dans laquelle l'ex-

(1) Rejet, 2 mars 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3104, 5°).

ception est conçue, toujours est-il que le débiteur ne conclut pas à ce que le juge annule une obligation entachée d'un vice, et qui, malgré ce vice, oblige le débiteur jusqu'à ce qu'elle ait été annulée; le débiteur n'a jamais été lié, le juge ne peut donc pas le délier. Aussi le juge, dans ce cas, ne prononce-t-il pas la nullité de l'obligation, il déclare qu'il n'y a jamais eu de dette, partant qu'il n'y a ni débiteur ni créancier. L'action par laquelle le débiteur conclut à ce que l'obligation soit déclarée inexistante n'étant pas une action en nullité, le texte de l'article 1304 n'est pas applicable; on rentre, par conséquent, dans la règle générale de l'article 2262; le débiteur a trente ans pour agir, s'il est intéressé à agir. Tel serait le cas où il aurait exécuté l'obligation, il a alors l'action en répétition, laquelle est soumise à la prescription de trente ans. S'il n'a pas exécuté, il n'a aucun intérêt à agir; il peut attendre que le débiteur agisse contre lui; à quelque époque qu'on lui demande l'exécution d'une obligation inexistante, il peut toujours répondre qu'il n'est pas débiteur, parce qu'il n'y a pas de dette.

Il en est autrement quand l'obligation est nulle, en ce sens qu'elle est entachée d'un vice qui donne au débiteur le droit d'en demander la nullité. Il y a lieu alors à une action en nullité, donc à la prescription de dix ans. Le débiteur est intéressé à agir, car il est lié; tant que l'obligation n'est pas annulée, il doit l'exécuter; si donc il prétend que l'obligation est viciée, il doit demander la nullité. N'agit-il pas, son silence pendant dix ans suffira pour que l'obligation devienne pleinement valable, car cette prescription est une confirmation (n° 1).

8. Ceci est un point fondamental. La prescription de dix ans étant une confirmation, il en résulte que les obligations inexistantes ne sont pas soumises à cette prescription, car elles ne sont pas susceptibles d'être confirmées.

Le rapport du Tribunat ne laisse aucun doute sur la question; et ce rapport a une autorité décisive dans notre matière, car c'est sur la proposition du Tribunat que la théorie des actes inexistants a été écrite dans le texte de

l'article 1338 (t. XV, n° 433); or, ce texte est celui de l'article 1304: il faut qu'il y ait une action en nullité, c'est-à-dire un acte existant mais vicié, pour qu'il y ait lieu à la confirmation de l'article 1338 et à la prescription de l'article 1304. Jaubert a formulé le principe avec une grande précision. Les obligations inexistantes ne produisent jamais d'action, donc il n'y a pas lieu d'agir en justice pour en demander la nullité. Si l'engagement est sans objet, sans cause ou sur une cause illicite, celui qui l'a souscrit n'est pas débiteur; il n'a donc pas besoin de s'adresser à la justice pour se faire dégager; à quelque époque qu'il soit poursuivi, il est toujours admis à répondre qu'il n'y a pas d'obligation. Or, s'il n'y a pas lieu à une action en nullité, la prescription n'a plus de base, car la prescription n'est autre chose que l'extinction de l'action. Il en est autrement quand l'obligation existe, mais qu'elle est viciée. Ces obligations sont nulles, elles donnent donc lieu à une action en nullité, cette action se prescrit par dix ans. Le débiteur n'agit-il pas dans ce délai, son silence fait présumer qu'il a confirmé l'obligation. La confirmation, qui ne se conçoit pas pour les actes inexistants, se conçoit très-bien pour les actes nuls : on ne confirme pas ce qui n'existe pas, on confirme ce qui est nul (1).

Ce principe est généralement admis par les auteurs, et il est consacré par la jurisprudence française (2). Les cours de Belgique admettent aussi que la prescription de l'article 1304 ne s'applique qu'aux actes qui peuvent être confirmés (3). Mais elles ne restent pas fidèles au principe dans l'application, comme nous allons le dire en entrant dans les détails de cette matière, dont la difficulté excuse les longs développements dans lesquels nous sommes obligé d'entrer.

(1) Jaubert, Rapport, n° 60 (Locré, t. VI, p. 219).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 271, note 4, § 339, et les autorités qui y sont citées.
(3) Liége, 19 juillet 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 235).

I. *Des contrats inexistants.*

9. L'article 1601 porte : « Si, au moment de la vente, la chose vendue était périe en totalité, la vente serait *nulle.* » Delvincourt en conclut que l'acheteur qui aurait payé le prix devrait agir en répétition dans les dix ans. La difficulté est de savoir ce que la loi entend par le mot *nul*. Nous avons répondu ailleurs à la question. Duranton dit très-bien que la vente n'est pas nulle, en ce sens que la nullité en doive être prononcée par les tribunaux ; le contrat n'existe pas, tout de même que si l'on n'y avait supposé aucun objet ; or, il est impossible de concevoir une vente sans une chose qui en soit la matière. Si la vente n'existe pas, il en résulte qu'il n'y a ni vendeur ni acheteur ; l'acheteur prétendu paye-t-il, il paye ce qu'il ne devait pas, et il peut répéter ce qu'il a payé indûment. Cette action, comme toute action, dure trente ans. Que si on lui oppose la vente, il dira qu'elle n'existe pas, sans qu'il soit tenu d'en provoquer la nullité ; on demande la nullité de ce qui existe et de ce qui produit des effets. Or, la vente sans objet est une vente sans cause, et la loi dit qu'une obligation sans cause ne peut produire aucun effet (art. 1131) (1).

10. Les traités secrets intervenus lors d'une transmission d'office sont considérés par la jurisprudence française comme inexistants, parce que la cause en est illicite (art. 1131 et 1133). De là suit qu'ils ne donnent pas lieu à une action en nullité qui doive être intentée dans les dix ans. C'est une doctrine constante. Nous nous bornons à citer un arrêt de la cour de cassation. La cour pose en principe que les conventions contraires à la morale et à l'ordre public sont frappées d'une nullité radicale et absolue ; les articles 6, 1131 et 1133 ne laissent aucun doute sur ce point, puisque la loi dit formellement que ces conventions ne peuvent produire aucun effet. Il faut placer au nombre des conventions ayant une cause illicite les

(1) Duranton, t. XII, p. 672, n° 551. Voyez le tome XV de mes *Principes*, p. 513, n° 455 et p. 530, n° 463.

traités secrets ou contre-lettres au moyen desquels un officier ministériel stipule, pour la cession de son office, un prix plus élevé que celui porté au contrat ostensible. Si donc le cessionnaire paye cette différence de prix, il fait un payement indû. Il ne doit pas demander la nullité d'une convention qui, d'après la loi, ne peut avoir aucun effet, il agira en répétition de l'indû, action qui se prescrit par trente ans. La cour ajoute que la prescription trentenaire ne donne pas à la stipulation prohibée une existence légale; si le droit de répétition se prescrit, c'est que, dans un intérêt social, toute action doit se prescrire(1). C'est l'application littérale des principes que nous avons enseignés ailleurs.

11. Les pactes successoires sont prohibés comme contraires aux bonnes mœurs; donc il faut appliquer les articles 6, 1131 et 1133 qui les déclarent nuls, en ce sens qu'ils ne peuvent produire aucun effet. Cela n'est contesté par personne, tant que celui dont la succession a fait l'objet du pacte vit encore. Dans notre opinion, et c'est l'opinion généralement suivie, le pacte successoire est inexistant, et il reste tel, alors même qu'après l'ouverture de la succession les parties intéressées le confirmeraient : le néant ne se confirme pas(2). La confirmation étant impossible, il s'ensuit que la prescription de l'article 1304 est inapplicable. C'est la doctrine de la plupart des auteurs (3). et la jurisprudence, après quelque hésitation, a fini par se prononcer en ce sens. Il suffira de citer l'arrêt de la cour de cassation de 1846. La cour pose en principe que les pactes successoires sont prohibés par les articles 791, 1130 et 1600, comme contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Ces conventions sont frappées par l'article 6 d'une nullité radicale et absolue. Sur ce point, nous nous permettons une observation. L'article 6 dit seulement que les particuliers ne peuvent déroger par leurs conventions

(1) Rejet, chambre civile, 12 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 1, 139).
(2) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 144, n° 106, et t. XVIII, n°s 575-577.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 271, note 4, § 339, et les auteurs qui y sont cités. Marcadé, t. IV, p. 660 et suiv., art. 1304, n° IV.

aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs, et il ne prononce pas la nullité. Pourquoi la cour ne cite-t-elle pas les articles 1131 et 1133, qui sont décisifs? Ce sont aussi les seuls qui consacrent d'une manière formelle la théorie des actes inexistants. Peut-on appliquer l'article 1304 aux conventions radicalement nulles ou, comme nous disons, inexistantes? Le texte même de l'article 1304 prouve qu'il est uniquement applicable aux conventions qui ne peuvent être annulées que dans l'intérêt des parties et qui jusque-là ont une existence légale. Il suit de là qu'une stipulation sur une succession future étant radicalement nulle et devant être, en conséquence, réputée n'avoir pas été consentie, ne peut devenir valable par la prescription de dix ans, laquelle est établie pour les conventions qui ont un principe d'existence aux yeux de la loi. C'est la doctrine que nous venons d'exposer; on peut la formuler en deux mots : la prescription de l'article 1304 est une confirmation, et l'on ne confirme pas les conventions qui n'existent pas. La cour de cassation ajoute que ce qui prouve jusqu'à l'évidence que l'article 1304 est inapplicable aux conventions radicalement nulles, c'est que l'on ne pourrait assigner à cette prescription aucun point de départ; les époques déterminées par l'article 1304 sont inapplicables. Dira-t-on que la prescription courra à partir de la convention? La loi ne la reconnaît pas. Courra-t-elle à partir de la mort de celui dont la succession fait l'objet du pacte successoire? Cela est arbitraire, puisqu'il n'y a pas de texte (1).

12. La cour de cassation de Belgique s'est prononcée pour l'opinion contraire; nous avons combattu la jurisprudence de nos cours en ce qui concerne la confirmation des pactes successoires; elles l'admettent après l'ouverture de l'hérédité, tandis qu'à notre avis elle est toujours impossible. Ici nous répondrons aux objections de la cour de cassation en ce qui concerne l'article 1304.

La cour repousse la distinction qui sert de base à notre

(1) Rejet, chambre civile, 11 novembre 1845, sur les conclusions de Delangle (Dalloz, 1846, 1, 25).

doctrine, entre les actes nuls ou annulables et les actes inexistants. Celui qui veut évincer son adversaire, sous le prétexte que le titre qu'il lui a concédé est entaché de nullité, ne peut se faire justice à lui-même; il doit donc former une demande devant les tribunaux, et s'il fonde cette demande sur la nullité du titre de son adversaire, cette demande est réellement une demande en nullité régie par les principes sur les actions en nullité (1).

C'est l'argument favori des praticiens. Eh! qui donc songe à dire que l'on peut se faire justice à soi-même? Sans doute, dès qu'il y a une contestation, elle doit être portée devant les tribunaux. La question est de savoir dans quel délai la demande doit être formée. Toute action, en principe, doit être intentée dans les trente ans; par exception, les demandes en nullité sont soumises à une prescription plus courte. Il s'agit de savoir si les demandes formées à l'occasion d'une convention inexistante doivent être intentées dans les trente ans ou dans les dix ans. En aucun cas, celui qui agit ne songe à se rendre justice à lui-même, puisqu'il s'adresse au tribunal pour obtenir justice.

Doit-il agir dans les dix ans, comme le dit la cour de cassation? Oui, si c'est une demande en nullité; non, si c'est une autre action. Eh bien, nous disons, avec la jurisprudence française, qu'il n'y a pas lieu de demander la nullité d'une convention qui n'a pas d'existence légale et qui, aux termes de l'article 1131, ne peut produire aucun effet. N'est-ce pas lui donner un effet, et un effet très-considérable, que d'obliger le demandeur à agir dans le court délai de dix ans; tandis que, d'après le droit commun, il en aurait trente? Donc la doctrine de la cour est en opposition avec un texte formel. Aucune action ne peut naître d'un contrat auquel la loi refuse tout effet. Les actions qui sont portées, en cette matière, devant les tribunaux naissent à l'occasion de la convention inexistante, elles ne naissent pas de la convention elle-même. Le prétendu débiteur a-t-il payé, il a payé ce qu'il ne devait pas,

(1) Rejet, 12 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 336).

il agit en répétition de l'indû. Lui oppose-t-on le contrat qui l'oblige à payer, il l'écarte en disant que ce contrat n'existe pas. Demandera-t-il au tribunal de l'annuler? Logiquement cela est une impossibilité : on ne demande pas la nullité du néant. Les praticiens diront-ils que ces formules d'école sont une abstraction, et qu'en réalité le demandeur conclut à l'annulation de l'acte? Nous répondons que l'action en nullité ne se conçoit pas davantage au point de vue juridique. On demande la nullité d'une convention qui existe, parce qu'elle produit des effets et qu'elle ne cessera d'en produire que lorsque le juge l'aura annulée. Mais quel serait le but d'une action en nullité dirigée contre une convention qui, aux termes de la loi, ne peut produire aucun effet (art. 1131)? Est-ce la sentence du juge qui l'annulera? Le juge ne peut pas l'annuler, car l'annuler, ce serait dire qu'elle a existé, qu'elle a produit des effets, alors que le code dit qu'elle n'en peut avoir aucun. Le juge déclarera seulement que la prétendue convention n'a jamais existé, que, par suite, le demandeur peut agir sans en tenir aucun compte, soit en répétant ce qu'il a payé, soit en provoquant le partage, si on lui oppose un pacte successoire. Ce pacte ne produit aucun effet; donc les héritiers sont en état d'indivision, et ils peuvent toujours demander le partage, sauf prescription, s'il y a lieu. Il y a donc procès sans qu'il y ait action en nullité; partant l'article 1304 est inapplicable.

La cour de cassation invoque l'article 1304 dont, les termes généraux, dit-elle, excluent toute distinction entre les nullités relatives, absolues ou de plein droit. Oui, la loi est générale, et elle doit recevoir son application dans tous les cas où il y a action en nullité. Mais la question est précisément de savoir si le contrat que la cour appelle nul de plein droit et que nous appelons inexistant donne lieu à une action en nullité. C'est le mot *nul* qui fait illusion aux interprètes et qui les induit en erreur. Ce mot signifie d'ordinaire annulable, comme dans l'article 1599 : « la vente de la chose d'autrui est *nulle*. » Il y a lieu, dans ce cas, à une action en nullité et, par suite, l'article 1304

est applicable. Mais quand l'article 1601 dit que la vente est *nulle* si elle se trouve sans objet, il ne s'agit plus d'un acte annulable, c'est un contrat sans cause, et un pareil contrat ne peut produire aucun effet, aux termes de l'article 1131 ; c'est dire qu'il n'existe pas aux yeux de la loi. Or, ce qui n'existe pas ne peut donner lieu à une action, ni à une prescription. Comme le dit très-bien la cour de cassation de France, la prescription trentenaire ne s'applique pas à la convention inexistante, elle reste après les trente ans ce qu'elle était avant les trente ans, sans effet aucun; c'est l'action qui naît à l'occasion du contrat que la loi déclare éteinte après les trente ans : telle est l'action en répétition, s'il y a eu un payement. En cas de pacte successoire, il n'y a lieu à aucune prescription; car l'action en partage est imprescriptible tant qu'il y a indivision, et ce n'est certes pas le pacte successoire qui met fin à l'indivision, puisque ce pacte ne produit aucun effet.

13. Les donations nulles en la forme, dit l'article 1339, ne peuvent pas être confirmées par le donateur. Donc il n'y a pas lieu à la prescription de l'article 1304. Si le donateur a payé, il peut répéter ou revendiquer, son action durera trente ans. Lui opposera-t-on l'exécution comme une confirmation? Il répondra par le texte de la loi qui rejette toute confirmation. Dira-t-on qu'il agit en nullité et qu'après les dix ans cette action est prescrite? Il répondra que la prescription de dix ans est une confirmation, ce qui suppose un acte susceptible d'être confirmé; or, l'article 1339 dit que le donateur ne peut par aucun acte confirmatif réparer les vices d'une donation nulle en la forme. Il répondra encore que son action n'est pas une action en nullité; il agit sans tenir compte de la convention qu'on lui oppose, parce que cette convention ne peut produire aucun effet. C'est toujours la même argumentation, il est inutile de la répéter (1).

Il en est autrement des héritiers du donateur. La loi leur permet de confirmer la donation; donc ils doivent

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 273, note 9, § 339. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, nos 2874 et 2875.

agir en nullité s'ils ne veulent pas l'exécuter, et cette action est soumise à la prescription de dix ans. L'art. 1340 donne lieu à bien des objections; nous avons exposé cette difficile matière ailleurs (t. XII, n° 229).

II. *Des actes nuls.*

1. PRINCIPE.

14. L'article 1304 dit : « Dans *tous* les cas où l'action en nullité d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Est-ce à dire que *toute* action en nullité soit soumise à cette prescription? Malgré la généralité de ses termes, la loi souffre une restriction. La cour de Bruxelles l'a formulée comme suit : « L'article 1304 est général, il ne distingue pas entre les diverses espèces de nullités, et les soumet toutes à la prescription de dix ans si des motifs d'ordre public ne font pas obstacle à la confirmation de l'obligation (1). » C'est le vrai principe. La prescription de l'article 1304 est une confirmation, elle suppose donc que la convention peut être confirmée. Or, confirmer, c'est renoncer au droit que l'on a d'agir en nullité, et cette renonciation ne peut se faire quand le vice qui entache la convention est d'ordre public : nous pouvons renoncer à ce qui est établi dans notre intérêt, nous ne pouvons pas renoncer à ce qui est établi dans un intérêt social. Donc on ne peut confirmer les nullités d'ordre public : la confirmation tacite de l'article 1304 est impossible, aussi bien que la confirmation expresse. Nous renvoyons à ce qui a été dit de la confirmation.

Les éditeurs de Zachariæ donnent une portée plus grande à la prescription de l'article 1304. Ils posent aussi en principe que l'article 1304 n'est applicable que lorsque la nullité est susceptible d'être couverte par la confirmation; mais, dans leur opinion, les nullités d'ordre public peuvent se couvrir lorsque la cause de nullité n'est point

(1) Bruxelles, 26 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 292).

perpétuelle. Nous avons combattu le principe (t. XVIII, n° 599), nous devons aussi rejeter la conséquence. La nullité prononcée par l'article 1597 n'est pas perpétuelle, quoiqu'elle soit d'ordre public; en faut-il conclure que lorsque le magistrat, cessionnaire d'un droit litigieux, cesse d'être incapable, la prescription de dix ans couvrira ce que la cession avait d'illicite? Il nous semble que l'opinion qui rejette la prescription de dix ans est tout ensemble plus juridique et plus morale. La prescription de l'article 1304 est une confirmation; or, on ne confirme pas ce qui blesse les bonnes mœurs, car la confirmation elle-même serait immorale. Qu'importe qu'elle se fasse à un moment où la cession est licite? Libre aux parties de faire une nouvelle convention, mais elles ne peuvent confirmer la convention illicite, puisque ce serait effacer le vice d'ordre public qui l'infecte (1).

15. Il y a une autre interprétation de l'article 1304 qui est beaucoup plus restrictive. On dit que les seules actions en nullité qui soient soumises à la prescription de dix ans sont celles qui ont pour fondement un vice de consentement ou l'incapacité. Cette opinion s'appuie sur la tradition et sur le texte de la loi. L'article 1304, dit-on, ne fait que reproduire les ordonnances de 1510 et de 1539; or, ces ordonnances étaient uniquement relatives aux vices de consentement et à la minorité; le code a seulement étendu à tous les incapables ce que l'ordonnance de 1539 disait des mineurs (2). Il est vrai que l'article 1304 semble limiter la prescription de l'action en nullité à ces deux causes; mais la première partie de l'article, celle qui établit le principe, est conçue dans les termes les plus généraux. Dans *tous les cas*, dit la loi. Il faut en conclure que le code généralise les anciennes ordonnances qui étaient conçues dans un sens restrictif. C'est une réponse péremptoire à l'argument que l'on tire de la tradition. Quant aux dispositions de l'article 1304 qui déterminent l'époque à laquelle le délai de dix ans

(1) Voyez, t. XVIII, n°s 575-577. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 272, note 7, § 339.
(2) Larombière, t. IV, p. 94, n° 52 de l'article 1338 (Ed. B., t. III, p. 139).

commence à courir, elles n'ont pas pour objet de restreindre le principe général de la loi, elles décident une difficulté particulière qui se présente pour certaines causes de nullité, celles qui se prolongent pendant un temps plus ou moins long. C'est l'opinion généralement suivie, et elle ne nous paraît pas douteuse.

16. Une difficulté plus sérieuse se présente pour les vices de forme. Se couvrent-ils par la prescription de dix ans? Il faut distinguer. Il y a des solennités prescrites pour l'existence de certains actes : telles sont les formes des contrats solennels, la donation, le contrat de mariage, l'hypothèque. Lorsque ces formes n'ont pas été observées, la convention est inexistante; dès lors il ne peut s'agir de confirmation, pas plus de la confirmation par la voie de la prescription que de la confirmation par un acte confirmatif ou par l'exécution volontaire. Cela est vrai du moins de la donation; nous dirons ailleurs si l'art. 1339 doit être étendu aux autres contrats solennels. En tout cas, il ne s'agit pas, dans l'espèce, de couvrir le vice de forme, il s'agit de savoir si la convention nulle à raison d'un vice de forme peut être confirmée.

Dans les contrats non solennels, les formes ne servent que de preuve. Quand l'acte est nul, il n'y a pas de preuve littérale. La prescription peut-elle couvrir ce vice? Cela ne se conçoit pas. Si la prescription effaçait le vice, il en résulterait qu'après dix ans l'acte ferait foi, alors qu'il n'y a pas d'acte; ce qui est absurde. Un écrit n'est pas signé; il n'y a pas d'acte sans signature. Est-ce qu'après dix ans il y aura un acte? est-ce que la prescription peut avoir cet effet qu'un acte qui n'est pas signé soit réputé signé? On doit appliquer aux actes nuls en la forme ce que nous avons dit des conventions inexistantes : l'acte est aussi inexistant en ce sens qu'il n'y a pas de preuve littérale; donc la prescription de dix ans ne peut pas le rendre valable, car on ne confirme pas ce qui n'existe point (1).

On nous objectera que nous avons enseigné le contraire pour la confirmation expresse et pour la confirmation qui

(1) Larombière, t. IV, p. 103, n° 52 de l'article 1338 (Ed. B., t. III, p. 139).

résulte de l'exécution volontaire de l'acte (t. XVIII, p. 628, n° 615). C'est que la confirmation expresse implique la reconnaissance de la convention qui est confirmée; or, la reconnaissance est un aveu, donc une preuve de la convention dont la substance est relatée dans l'acte confirmatif. Il en est de même de l'exécution volontaire de la convention. Exécuter une convention, c'est reconnaître que cette convention existe; il n'y a point de preuve plus concluante : c'est un aveu en action. Mais quand le débiteur garde le silence pendant dix ans et que l'acte est vicié en la forme, quel sera l'effet de cette inaction prolongée? Le débiteur entend-il confirmer l'écrit? Non, il confirme la convention si elle est viciée. Quant à la preuve littérale, le silence ne peut pas la créer. Le texte de l'article 1304 est en harmonie avec cette interprétation. Il ne parle que de l'action en nullité des *conventions;* il n'y a donc que les vices qui rendent la convention nulle qui puissent être effacés par la confirmation, ainsi les vices de forme qui annulent la convention, pourvu que la convention puisse être confirmée. Quant aux formes qui ne servent que de preuve, elles ne vicient pas la convention; la conséquence en est que, d'après le texte de la loi, le vice de forme ne peut être couvert par la prescription.

17. La prescription de dix ans peut-elle être opposée aux personnes morales et notamment aux communes? L'article 2227 répond à la question. « L'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent également les opposer. » Il y a cependant un motif de douter. La prescription de l'article 1304 est une confirmation; or, confirmer, c'est renoncer; les communes peuvent-elles renoncer à une action en nullité qui leur appartient? Il ne leur est pas permis d'aliéner, sauf en observant les formes prescrites par la loi, et renoncer, c'est disposer du droit auquel on renonce. L'objection a été présentée devant les tribunaux sous une autre forme. Les communes, dit-on, sont toujours mineures; or, la prescription de dix ans ne commence à courir contre les mineurs que lorsqu'ils sont devenus majeurs: donc elle ne peut jamais courir contre

les communes. La cour de Nancy répond que, dans cette opinion, les actions en nullité intéressant les communes seraient imprescriptibles; ce que l'on ne peut pas admettre, puisque les droits de ceux qui auraient traité avec elles resteraient éternellement incertains. C'est précisément pour consolider les droits et leur donner la certitude, sans laquelle il n'y a pas de droit, que le législateur a établi la prescription. Il faut donc admettre que, malgré le caractère particulier de la prescription décennale, elle est applicable aux communes comme à toutes les personnes morales (1). Ce qui prouve, du reste, que la loi n'assimile pas les communes aux mineurs, c'est que la prescription court contre elles, tandis qu'elle ne court pas contre les mineurs.

On objecte encore que les magistrats communaux ne représentent pas la commune quand ils agissent irrégulièrement; on en conclut que les actes irréguliers n'ont aucune existence légale à l'égard des communes, d'où suit qu'ils ne peuvent être confirmés. La cour de cassation répond que les maires et les officiers municipaux qui agissent au nom de la commune, la représentent toujours, de même qu'un tuteur représente toujours le pupille, alors même qu'il n'observe pas les formes prescrites par la loi; tout ce qui résulte de l'irrégularité de l'acte, c'est qu'il est nul; or, toute nullité se couvre par la prescription de dix ans (2).

2. APPLICATION.

18. La prescription de dix ans s'applique aux vices de consentement; l'article 1304 prévoit spécialement cette cause de nullité, et l'article 1117 dit que les vices de consentement ne rendent pas la convention nulle de plein droit; qu'ils donnent seulement lieu à une action en nullité, laquelle est régie par l'article 1304; l'article 1115 applique ce principe à la violence.

(1) Nancy, 13 février 1835, et Rejet, chambre civile, 19 juin 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2902, 1º. Aubry et Rau, t. IV, p. 273, note 12, § 339).

(2) Arrêt précité (note 1). Comparez Caen, 4 mars 1848 (Dalloz, 1848, 2, 179).

L'application du principe donne parfois lieu à des difficultés. Une vente d'immeubles est faite à la charge, outre le prix, d'acquitter une rente de 700 livres due sur les immeubles vendus; les vendeurs découvrent ensuite que cette rente était éteinte comme féodale avant la vente; ils intentent, en conséquence, une action contre l'acheteur en payement de la somme qui représentait la valeur de la rente, dont le service faisait partie du prix. Si c'était une action en payement du prix, elle durait trente ans; l'acheteur soutint que c'était une action en nullité pour cause d'erreur. La cour d'Amiens admit ce système, et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1). En effet, on ne pouvait pas dire que l'acheteur devait la somme réclamée par le vendeur, car elle n'était pas stipulée dans l'acte de vente; il devait une rente et cette rente lui avait été imposée par le vendeur, dans la croyance qu'elle existait encore; c'était une erreur. L'action était donc fondée sur une erreur et, par suite, il y avait lieu d'appliquer l'article 1304.

19. L'incapacité produit une nullité relative. Toutes les nullités, relatives ou absolues, sont soumises à la prescription de dix ans. L'article 1304 prévoit spécialement la nullité fondée sur l'incapacité pour déterminer l'époque à laquelle la prescription commence à courir.

L'application soulève des difficultés. On demande si l'aliénation du fonds dotal est soumise à la prescription de dix ans. Oui, si l'action qui en résulte est une action en nullité. Non, si c'est une action en revendication. Quand le mari aliène le fonds dotal, sans le concours de la femme, celle-ci ne doit pas agir en nullité, car elle n'est pas partie au contrat, et l'article 1304 suppose que c'est l'une des parties contractantes qui agit contre l'autre; la vente consentie par le mari ne peut pas être opposée à la femme; elle reste propriétaire et elle peut revendiquer comme telle; or, l'action en revendication ne se prescrit que par trente ans. Si la femme vend ou concourt à la vente, elle peut en demander la nullité et elle

(1) Rejet, 20 janvier 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2888, 1)

doit agir par voie d'action en nullité; donc l'article 1304 lui est applicable. Il y a des objections et des doutes; nous y reviendrons au titre du *Contrat de mariage*, qui est le siége de la matière.

20. Les articles 1304 et 1311 donnent au mineur une action en nullité quant aux actes qu'il fait sans l'intervention de son tuteur; cette action se prescrit par dix ans. Que faut-il décider si le tuteur agit au nom du mineur, mais sans observer les formes prescrites par la loi? Après quelque hésitation, la jurisprudence a décidé que la prescription de dix ans est applicable. La doctrine est dans le même sens. Il s'agit de savoir si l'acte irrégulier fait par le tuteur est nul ou inexistant. Nous avons répondu ailleurs à la question (t. XVI, n° 36). L'acte est nul, parce que les formes établies dans l'intérêt du mineur n'ont pas été observées; mais on ne peut pas dire que l'acte soit inexistant, car le tuteur représente le mineur; de sorte que l'acte irrégulier du tuteur est néanmoins l'acte du mineur; mais le mineur n'ayant pas joui de la protection que la loi veut lui assurer, il peut demander la nullité de l'acte. Son action étant une action en nullité, l'article 1304 est applicable (1). On a soutenu que la vente faite par le tuteur, sans l'observation des formes légales, est la vente de la chose d'autrui, ce qui permettrait au mineur de revendiquer, et l'action en revendication ne se prescrit que par trente ans. La cour de cassation répond que le tuteur, vendant au nom du mineur, vend la chose du mineur, donc il ne vend pas la chose d'autrui (2). Il y a des arrêts contraires (3); il est inutile de les discuter, le débat est vidé; les cours d'appel se sont rangées à l'avis de la cour de cassation et la doctrine est presque unanime en ce sens (4).

21. La jurisprudence des cours de Belgique n'a jamais

(1) Cassation, 25 novembre 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2894, 1°).
(2) Rejet, 7 juillet 1851 (Dalloz, 1854, 5, 580). Comparez les arrêts cités par Dalloz, n° 2894, et Bordeaux, 8 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 5, 288)
(3) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2895.
(4) Larombière, t. IV, p. 85, n° 46 de l'article 1338 (Ed. B., t III, p. 136.) Marcadé, t. IV, p. 673, art. 1311, n° II.

varié (1). On a essayé, par une espèce de ruse, d'éluder l'application de l'article 1304. Le mineur agit en revendication; on lui oppose la prescription de dix ans; il répond par l'exception de nullité, laquelle, d'après la jurisprudence, est perpétuelle. Nous reviendrons sur cette dernière question, qui est très-controversable. Les cours ont rejeté, dans l'espèce, la maxime qui admet la perpétuité de l'exception. Le mineur n'a pas le droit d'agir en revendication; il faut avant tout qu'il agisse en nullité, il est donc demandeur en nullité, par conséquent, assujetti à la prescription de dix ans. C'est pour éluder la prescription décennale qu'il a pris la voie de la revendication; mais c'est en vain, il ne peut pas même invoquer le principe de la perpétuité de l'exception, car le principe implique que le mineur est en possession et qu'on l'attaque après dix ans; tandis que nous supposons que le mineur prend l'initiative; or, il ne peut agir que dans le délai de dix ans (2).

22. Les actes passés par l'interdit postérieurement au jugement qui prononce l'interdiction sont *nuls de droit* (art. 502). Cela ne veut pas dire qu'ils sont inexistants, puisque l'article 1304 applique aux actes de l'interdit la prescription de dix ans. Que faut-il décider des actes antérieurs à l'interdiction? Aux termes de l'article 503, ces actes peuvent être attaqués si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ils ont été faits. Nous avons dit ailleurs que cette disposition est souvent mal comprise; on confond la preuve de la notoriété de la démence avec la preuve de l'existence de la démence au moment même de l'acte. Quand on prouve qu'au moment où une personne a contracté elle était aliénée, il en résulte que la convention est inexistante, et partant l'article 1304 n'est pas applicable. Mais la notoriété de la démence donne seulement lieu à une action en nullité; l'article 503 est formel : « Les actes antérieurs à l'inter-

(1) Liége, 17 mai 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 18); 3 mars et 13 juillet 1850 (*ibid.*, 1850, 2, 146, 271). Gand, 23 mars 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 137).
(2) Bruxelles, 27 juillet 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 250) et 1er juin 1834 (*ibid.*, 1834, 2, 127).

diction pourront être *annulés.* » Ils doivent donc être attaqués, et le tribunal n'est pas même obligé de les annuler ; s'il les annule, c'est parce qu'il est probable que l'aliéné était incapable de consentir.

La cour d'Angers a jugé en termes absolus que la prescription de l'article 1304 était inapplicable aux actes antérieurs à l'interdiction (1). Cela est vrai quand la cause de l'interdiction existait au moment où l'acte a été passé, cela n'est pas vrai quand il y a seulement notoriété de la démence. Dans ce dernier cas, l'action en nullité se prescrit par dix ans. Reste à savoir quand les dix ans commenceront à courir. Nous avons traité la question au titre de l'*Interdiction* (2).

III. *Des actes auxquels l'article* 1304 *n'est pas applicable.*

23. L'article 1304 dit que, « dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une *convention* n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure trente ans. » Il suit de là que la prescription de dix ans n'est pas applicable quand il ne s'agit pas d'une *convention* et dans les cas où l'action n'est pas une action en nullité.

Que faut-il entendre par le mot *convention?* Faut-il le prendre dans le sens de *contrat*, de sorte que la prescription de dix ans ne serait plus applicable quand il ne s'agit pas d'un contrat proprement dit? La jurisprudence et la doctrine donnent un sens plus large à cette expression. On l'applique « à tous actes de volonté d'où résulte un engagement, une renonciation ou une décharge et qui, opérant à l'instar d'un contrat, lorsque le bénéfice en a été accepté par les intéressés, confèrent à ces derniers des droits irrévocables (3). » On cite comme exemples l'acceptation ou la répudiation d'une succession, un payement, une quittance : la volonté y intervient comme dans les contrats, et si la manifestation de la volonté est viciée, il

(1) Angers, 13 février 1846 (Dalloz, 1846, 2, 74).
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 377, n° 316.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p 274. § 339. Colmet de Santerre, t. V, p. 504.

y a lieu à une action en nullité; pourquoi cette action en nullité ne serait-elle pas prescrite par dix ans? Il y a même raison de décider, dit-on.

Cela nous paraît très-douteux. L'article 1304 établit une prescription exceptionnelle, et toute exception est de rigoureuse interprétation. Or, le texte ne parle que des *conventions;* et le mot *convention,* dans le langage du code, est synonyme de contrat. Il est vrai que les dispositions de l'article 1304 qui déterminent l'époque à laquelle la prescription commence à courir, parlent d'*actes,* expression plus générale qui comprend même des manifestations unilatérales de volonté; mais ces dispositions prévoient seulement une difficulté d'application, le principe est posé par le premier alinéa; il en faut conclure que le mot *acte* doit être entendu dans le sens de *convention,* et il serait contraire à toute règle d'interprétation d'entendre le mot *convention* dans le sens d'*acte.* Pour donner à la loi un sens général, on ajoute que la théorie des preuves exposée au titre des *Obligations* est, de l'aveu de tous, une théorie générale applicable alors même qu'il ne s'agit ni de contrats ni d'obligations. La remarque est juste, mais elle ne répond pas à l'objection. Il est assez naturel d'appliquer les règles sur les preuves à toutes les matières de droit, parce qu'elles sont générales de leur nature; si le code les a placées au titre des *Obligations,* c'est un défaut de classification, et la classification n'est pas une loi, bien moins encore l'erreur de classification. L'article 1304, au contraire, n'établit pas une règle générale, il déroge à la règle de l'article 2262; et les dérogations ne s'étendent pas, pas même par voie d'analogie (1).

On invoque la tradition. C'est, à vrai dire, le seul argument juridique que l'on puisse opposer au texte formel de l'article 1304. La cour de Gand, dans un arrêt très-fortement motivé, rappelle la doctrine des jurisconsultes romains. L'édit du préteur semblait aussi restreindre aux conventions faites avec les mineurs la restitution en entier qu'il leur accorde; néanmoins Ulpien applique la res-

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 426, n° 362.

titution à l'acceptation et à la répudiation d'une succession. Nous pourrions nous contenter de répondre que les jurisconsultes romains avaient un pouvoir d'interprétation que les interprètes du code n'ont plus : ils faisaient le droit, tandis que nous interprétons la loi. Nous ajouterons que la question de l'interprétation de l'édit concernait une règle générale, tandis que l'article 1304 consacre une exception; de plus, les termes de l'édit étaient plus vagues : *Quod gestum est;* on pouvait dire avec Ulpien que ces termes étaient généraux : *Qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit*. Le mot *convention*, au contraire, a un sens précis et limité. Cela répond aussi à ce que dit la cour de Gand de l'intitulé du chapitre où se trouve l'article 1304; il y est question de l'extinction des *obligations;* oui, mais des obligations conventionnelles. D'ailleurs chaque mode d'extinction a ses règles spéciales; il faut donc s'en tenir au texte de la loi (1).

L'article 1304 a sa source, non dans le droit romain, mais dans les anciennes ordonnances. Or, celle de 1510 (art. 46) avait fixé la prescription à dix ans, non-seulement pour les *contrats*, mais encore pour les *autres actes*. Il en résulte que l'argument se retourne contre ceux qui l'invoquent : l'ordonnance était générale, les auteurs du code l'avaient sous les yeux, et au lieu de la reproduire, ils se servent d'une expression qui a un sens spécial et limité.

24. Il a été jugé que le mineur n'a que dix ans à partir de sa majorité, pour demander à être restitué contre un payement qu'il aurait fait en minorité, sans autorisation et sans les formalités nécessaires (2). Cette décision peut se concilier avec le texte de la loi : le payement n'est pas un fait unilatéral, car la volonté du débiteur ne suffit pas pour payer, il faut le concours du créancier; il y a donc concours de consentement et partant convention, dans le sens le plus large de ce mot.

25. La cour de Grenoble a jugé que l'article 1304 est applicable à l'acceptation d'une succession, ce qui im-

(1) Gand, 23 mars 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 137).
(2) Angers, 27 décembre 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2850, 4°).

plique qu'il y a lieu à la prescription de dix ans quand un incapable attaque la renonciation qu'il a faite à une hérédité (1). Telle est aussi la doctrine des auteurs. Nous avons enseigné le contraire en traitant des successions, et nous croyons devoir maintenir notre opinion. Le motif que donne la cour de Grenoble repose sur une confusion d'idées. Elle dit que si l'on consulte l'esprit de la loi, on doit en étendre les dispositions aux contrats même unilatéraux. Cela n'est pas douteux, le texte est aussi positif que l'esprit de la loi : est-ce que le mot *conventions* ne comprend pas toute espèce de contrats? Reste à savoir si l'acceptation d'une succession est un contrat unilatéral. C'est une manifestation de volonté unilatérale, il n'y a pas de concours de consentement, donc il n'y a pas de convention. Cela est encore plus évident de la renonciation; est-ce que l'héritier qui déclare renoncer contracte? La renonciation, dit M. Larombière, établit certaines obligations envers les tiers (2). Quoi! l'héritier renonçant, qui est censé n'avoir jamais été héritier, est obligé par sa renonciation! Cela peut se dire de l'héritier acceptant; encore serait-il plus exact de dire que l'héritier est obligé envers les créanciers en vertu de la loi qui lui transmet de plein droit la propriété et la possession de l'hérédité (art. 724); sa volonté ne fait que rendre définitifs les effets que la saisine avait produits de plein droit.

26. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre que la prescription de dix ans ne s'applique pas à l'action en nullité d'un testament. Nous citerons les termes de l'arrêt de la cour de cassation qui l'a décidé ainsi ; ils rentrent dans notre manière de voir. « Les actions réelles et personnelles ne se prescrivent que par trente ans, sauf les cas exceptionnels où la loi établit des prescriptions plus courtes par des dispositions spéciales *formellement dérogatoires* au droit commun. » Il y a une de ces exceptions dans l'article 1304, mais quel est le cas qu'elle prévoit? « La prescription décennale s'applique

(1) Grenoble, 6 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Prescription civile*, n° 702).
(2) Larombière, t. IV, p. 103, n° 61 (Ed. B., t. III, p. 145). Aubry et Rau, t. IV, p. 275, note 16, § 339.

seulement à l'action en nullité ou en rescision des *conventions ;* ni le texte de la loi ni son esprit ne permettent de l'étendre au cas où l'action en rescision est dirigée contre un partage testamentaire, lors duquel la partie qui intente l'action n'a pu s'éclairer par aucun examen préalable et personnel et ne s'est liée par aucun consentement (1). »

27. Ce qui confirme notre manière de voir, c'est que la loi suppose que l'action est intentée par l'une des parties contractantes contre l'autre. Le principe est incontestable, et tout le monde l'admet. On lit dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique : « L'article 1304 ne peut être opposé qu'à ceux qui, par eux-mêmes ou par un représentant légal, ont été *parties* dans la convention dont ils demandent la nullité ou la rescision (2). » Pour qu'il y ait des *parties*, il faut qu'il y ait un contrat proprement dit. L'arrêt consacre donc le principe que nous venons d'établir. Il en résulte des conséquences importantes, sur lesquelles on est généralement d'accord.

Quand un tiers attaque une convention pour cause de simulation, de fraude ou de dol, l'article 1304 n'est pas applicable (3). A plus forte raison n'y a-t-il pas lieu à la prescription de dix ans quand il s'agit d'un fait frauduleux qui ne constitue pas une convention : tel est le stellionat (4). Ceux qui ne sont pas parties à une donation l'attaquent : il n'y a pas lieu à la prescription de l'article 1304 (5). De même l'action paulienne n'est pas soumise à cette courte prescription ; nous avons examiné la question ailleurs ; il est inutile d'y insister, la jurisprudence étant d'accord avec la doctrine (6). Il a été jugé encore que l'action en nullité du mari pour défaut d'autorisation ne se prescrit

(1) Cassation, 25 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 425). Comparez le tome XIII de mes *Principes*, p. 509, n° 451.
(2) Cassation, 3 avril 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 287). Comparez Liége, 17 mai 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 384). Aubry et Rau, t. IV, p. 275 et suiv., § 339.
(3) Bordeaux, 6 avril 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2880, 1°).
(4) Toulouse, 19 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 44).
(5) Cassation, 8 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5011).
(6) Aubry et Rau, t. IV, p. 276, note 20. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 2881.

pas par dix ans, car le mari n'est pas partie au contrat, il est tiers; on n'est donc ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1304 (1).

Toutes ces décisions découlent du principe tel que nous l'avons formulé. S'il faut une convention pour que la prescription exceptionnelle de l'article 1304 soit applicable, il va sans dire qu'on ne peut l'opposer à celui qui n'est pas partie au contrat qu'il attaque; à son égard, il n'y a pas de convention, puisqu'il n'y a pas consenti. Reste à savoir pourquoi les tiers ont un délai de trente ans pour attaquer la convention, tandis que les parties contractantes doivent agir dans les dix ans? C'est demander pourquoi cette prescription spéciale n'a été établie que pour les conventions et, par conséquent, entre parties contractantes. Nous en avons dit la raison. La prescription de l'article 1304 est une confirmation; on doit supposer naturellement que les parties contractantes qui connaissent leurs conventions, qui les ont discutées et qui les ont consenties, maintiennent ce qu'elles ont voulu, lorsqu'elles gardent le silence pendant dix ans, alors qu'elles savent que le contrat est nul. C'est une approbation présumée, dit Jaubert, et elle se conçoit : on approuve facilement ce à quoi l'on a consenti. On ne peut pas en dire autant des tiers : ils n'ont pas consenti, la convention leur est étrangère, il faut donc leur laisser le temps ordinaire pour agir, car il n'y a pas de motif de le restreindre.

28. Toute action par laquelle l'une des parties contractantes attaque une convention n'est pas soumise à la prescription de dix ans; l'article 1304 ne s'applique qu'aux demandes en nullité, c'est-à-dire aux cas où la convention est viciée et nulle à raison du vice qui l'entache. Pourquoi n'étend-on pas la prescription de dix ans aux actions analogues? L'analogie est parfois telle, que l'on a de la peine à trouver des raisons de différence. Néanmoins il faut maintenir le principe d'interprétation qui domine dans cette matière; l'article 1304 consacre une

(1) Montpellier, 27 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 938).

exception à un principe fondamental; le législateur donne, en général, trente ans pour agir, c'est un délai très-long, trop long peut-être; mais il est traditionnel, il est entré dans nos mœurs, les hommes y comptent. Quand, par exception, la loi établit un délai moindre, cette exception doit être strictement limitée au cas pour lequel elle a été établie, sinon la confiance serait détruite, il n'y aurait plus de sécurité pour ceux qui contractent et qui ont des droits à faire valoir. Il faut donc s'en tenir à la règle d'interprétation qui est aussi une règle de tradition : les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie. Le principe est admis par tout le monde dans notre matière (1); seulement les auteurs n'y tiennent pas toujours avec assez de rigueur.

29. La prescription de l'article 1304 s'applique-t-elle à l'action en résolution? Non, de l'aveu de tous (2). Mais quelle est la raison de cette différence entre l'action en résolution et l'action en nullité? Il est facile de dire en quoi l'action en résolution diffère de l'action en nullité (3). La résolution suppose une condition résolutoire stipulée par les parties ou sous-entendue par la loi. Il n'y a pas de vice qui entache la convention, elle est parfaitement valable; seulement les parties ont stipulé que la convention serait résolue si la condition prévue venait à se réaliser; ou le législateur permet d'en demander la résolution en se fondant sur la volonté tacite des parties contractantes. La résolution diffère encore de la nullité sous un autre rapport très-important au point de vue de notre matière. La condition résolutoire expresse opère de plein droit, on ne la demande pas en justice, elle ne donne donc lieu à aucune action; dès lors il ne peut s'agir d'une prescription quelconque; la prescription éteint l'action et, dans l'espèce, il n'y a pas d'action en résolution. La condition résolutoire tacite n'opère pas de plein droit, elle doit être demandée en justice, mais le demandeur a trente ans pour agir; tandis que s'il agit en rescision, il n'a que

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 277, § 339.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 277, note 21, et les auteurs qui y sont cités.
(3) Marcadé, t. IV, p. 661, 662, art. 1304, n° IV.

dix ans. Nous demandons la raison de cette différence. L'analogie est grande entre les deux actions : l'une et l'autre tendent à anéantir une convention, l'une comme l'autre est intentée par l'une des parties contractantes; toutes deux réagissent contre les tiers, sauf dans quelques cas très-rares où la révocation ne rétroagit point. Les effets sont donc les mêmes, l'intérêt des parties est le même, l'intérêt des tiers est le même.

Nous ne connaissons qu'une explication de cette apparente anomalie, celle de M. Colmet de Santerre, et elle accuse l'embarras des interprètes. « Les nullités ou rescisions, dit-il, ont conservé, *pour ainsi dire à l'insu du législateur,* le cachet de leur origine romaine : ce sont des *restitutions en entier,* des secours accordés à la faiblesse ou à l'erreur, des dérogations au droit pur; d'où la nécessité d'abréger leur durée; tandis que, les résolutions restant dans les règles générales, le législateur a pu, sans être inconséquent, laisser les actions en résolution soumises aux délais ordinaires de prescription (1). »

Une explication dont le législateur n'a pas conscience n'est pas un motif de décider, à moins qu'il ne résulte de l'essence des choses. Dans notre droit moderne, nous ne connaissons plus les *restitutions en entier*. L'action en nullité, identique avec l'action en rescision, ne se fonde pas sur une considération d'équité, elle a une base juridique. Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence entre la rescision et la résolution. De sorte qu'il faut chercher une autre justification de la différence si considérable que la loi met entre la durée de deux actions qui ont le même but et le même effet.

Puisque les actions en résolution et en rescision sont identiques en ce qui concerne les parties intéressées, il faut voir si l'intérêt des tiers n'y joue pas un rôle. On dit qu'en fixant à dix ans la durée de la prescription des actions en nullité, le législateur a voulu mettre fin à l'incertitude de la propriété. Pourquoi laisse-t-il la propriété incertaine pendant trente ans dans un cas, tandis qu'il ne

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 504, n° 265 *bis* X.

la laisse incertaine que pendant dix ans dans un cas analogue? Les tiers, peut-on dire, doivent s'attendre à une résolution qui est écrite dans la loi ou dans la convention ; il est vrai que les contrats translatifs de propriété n'étaient pas soumis à la publicité sous l'empire du code civil ; mais rien n'empêchait ceux qui traitaient avec le possesseur d'un immeuble de se faire représenter les titres; ils y voyaient écrite la cause de la résolution. Si, malgré cela, ils traitent, ils ne peuvent se plaindre de l'incertitude de leurs droits, puisqu'ils ont traité en connaissance de cause. Il n'en est pas de même des vices qui rendent un acte nul : on ne peut pas savoir en lisant un contrat si celui qui l'a souscrit a consenti par erreur, par violence ou par dol, on ne peut pas savoir s'il était capable ou incapable; les nullités de forme même échappent à ceux qui n'ont pas la connaissance du droit et la pratique des affaires. On ne peut donc jamais traiter avec sécurité en ce qui concerne les causes de nullité : raison décisive pour que le législateur diminue l'incertitude, en abrégeant la durée de l'action.

On peut encore donner une autre raison de la différence dont nous cherchons les motifs, et celle-ci est puisée dans les entrailles de la matière. La prescription de l'action en nullité est une confirmation, tandis que l'on ne confirme pas les contrats sujets à résolution. Or, il ne faut pas un silence de trente ans pour en induire que celui qui a le droit d'agir en nullité y a renoncé en approuvant l'acte; quelques années suffisent pour que l'on sache si l'on a intérêt à demander la nullité; donc si l'on n'agit pas, le législateur a pu en conclure que l'on n'entendait pas agir. Cette raison nous paraît décisive.

30. Les actions en répétition sont-elles soumises à la prescription de dix ans? Il faut distinguer. La répétition en elle-même n'est pas une action en nullité, c'est une demande en restitution de ce qui a été payé indûment; donc l'article 1304 n'est pas applicable, on reste sous l'empire de l'article 2262. Tel est le cas du payement indû que fait celui qui n'est pas débiteur, alors qu'aucun contrat n'est intervenu entre lui et le prétendu créancier. Tel serait

encore le cas d'un payement fait en vertu d'un contrat sans cause, ou sur cause illicite. Un contrat pareil, dit l'article 1131, n'a aucun effet, il est inexistant, comme nous disons; il n'y a donc pas lieu d'en demander la nullité, partant l'article 1304 n'est pas applicable; celui qui a payé aura trente ans pour répéter. Il en est de même dans tous les cas où le contrat est inexistant : celui qui a payé peut agir en répétition sans agir en nullité; si on lui oppose le contrat, il peut toujours le repousser, en disant qu'il n'existe pas. Mais s'il a payé en vertu d'un contrat nul, il faut avant tout qu'il en demande l'annulation, car un contrat produit ses effets jusqu'à ce qu'il ait été annulé, donc celui qui a payé était débiteur; pour prouver qu'il a fait un payement indû, il doit commencer par faire annuler le contrat; il est donc nécessairement demandeur en nullité, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, donc il est soumis à la prescription de dix ans (1).

31. Il a été jugé que l'action en rectification de compte n'est pas soumise à la prescription de dix ans(2). Le compte se rend par concours de consentement, entre celui qui rend le compte et l'oyant compte. Rectifier le compte, n'est-ce pas en demander l'annulation partielle? Et pourquoi cette action ne se prescrit-elle pas par dix ans? Le code de procédure répond à notre question. Aux termes de l'article 541, « il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, à en former leurs demandes devant les mêmes juges. » C'est dire qu'il n'y a pas lieu à une action principale en nullité, donc l'article 1304 est hors de cause. La question tenant à la procédure, nous n'y insistons pas.

32. L'action en réduction, qui appartient aux héritiers à réserve contre les libéralités qui excèdent le disponible, n'est pas régie par l'article 1304. Cela est admis par tous (3). Quelle est la raison de décider? L'action en réduc-

(1) Duranton, t. XII, p. 670 et suiv., n° 550. Aubry et Rau, t. IV, p. 277, note 23 et p. 278, note 26, § 339.

(2) Bordeaux, 10 juin 1838 (Dalloz, au mot *Compte*, n° 127).

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 278, note 27, § 339. Caen, 15 décembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 5).

tion anéantit la donation en tout ou en partie, comme la résolution ou l'annulation d'un contrat. A laquelle de ces actions faut-il l'assimiler? Le caractère de la réduction est douteux. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations et Testaments*. Pour décider la question de la durée de l'action, on n'a pas besoin d'entrer dans ce débat. Il suffit de remarquer que la donation n'est infectée d'aucun vice; donc l'action des héritiers à réserve n'est pas une action en nullité, ce qui écarte déjà l'article 1304. De plus, l'action en réduction n'est pas formée par une des parties contractantes contre l'autre. Bien que ce soit l'héritier du donateur qui agisse, il n'agit pas comme représentant du défunt; loin de là, il attaque ce que celui-ci a fait, il est donc un tiers; ce qui exclut également l'application de l'article 1304.

33. Un acte est qualifié de vente. L'une des parties soutient que c'est une donation déguisée, ou une antichrèse, ou un contrat pignoratif. Cette action est-elle une demande en nullité? En un certain sens, il y a nullité; le contrat apparent est nul; si la simulation est prouvée, le juge décidera qu'il n'y a point de vente. Toutefois on ne peut pas dire que l'action tombe sous l'application de l'article 1304. Ce qui caractérise la demande en nullité, c'est qu'elle tend à l'annulation complète de l'acte, comme s'il n'avait jamais existé; or, celui qui agit en déclaration de simulation ne demande pas que l'acte soit anéanti, il prétend qu'il y a un acte apparent qui n'existe point comme acte réel, mais que cet acte apparent cache un autre contrat qui est très-réel, sauf à voir si le contrat réel est valable. Ainsi l'action de simulation n'a qu'un seul objet, c'est de rétablir la vérité; donc l'article 1304 n'est pas applicable (1).

N° 3. POINT DE DÉPART DE LA PRESCRIPTION.

I. *Règle générale.*

34. On admet comme principe que la prescription com-

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 278, note 28 § 339.

mence à courir du jour où a été formée la convention dont on demande la nullité. L'article 1304 ne le dit pas, et ce qu'il dit jette quelque confusion dans une matière qui par elle-même est très-difficile. Après avoir posé la règle sur la durée de la prescription, l'article 1304 ajoute que les dix ans ne courent, en cas de vice de consentement, que du jour où le vice a cessé et, en cas d'incapacité, que du jour où l'incapable est devenu capable. De là on peut induire que le principe général est que la prescription court dès que la convention existe. C'est un argument *à contrario* qui à lui seul n'aurait pas grande valeur. Dans l'espèce, on peut l'invoquer, parce qu'il est en harmonie avec l'esprit de la loi. Elle veut limiter la durée ordinaire de la prescription; il faut donc que celle-ci commence à courir immédiatement, sauf les exceptions, s'il y a lieu. La prescription est une confirmation; on présume que celui qui, ayant consenti une convention nulle, garde le silence, au lieu de l'attaquer, l'approuve; or, cette présomption commence dès que le contrat est formé, car dès ce moment la partie qui a droit et intérêt à demander la nullité peut agir; donc si elle n'agit point, la prescription, fondée sur son silence, doit commencer à courir. On peut encore invoquer par analogie l'article 1676 concernant la prescription de l'action en rescision de la vente pour cause de lésion. « La demande n'est plus recevable, dit la loi, après l'expiration de deux années, *à compter du jour de la vente.* » Il est vrai que l'article 1676 n'est pas une application de l'article 1304, puisqu'il établit une prescription de deux ans; mais la raison de décider est la même dans les deux cas : c'est une présomption d'approbation ou de renonciation qui doit commencer à produire son effet du moment où la partie intéressée peut approuver et renoncer (1).

35. La jurisprudence applique le principe aux héritiers du donateur (2). Ils peuvent confirmer la donation faite par le donateur dès que la succession est ouverte; donc

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 454, n° 604. Aubry et Rau, t. IV, p 278, § 339
(2) Caen, 17 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 31).

la prescription de dix ans doit courir contre eux à partir de ce moment. Une donation est faite à un bureau de bienfaisance ; elle est acceptée avant que le bureau y soit autorisée. L'acceptation étant nulle, la donation aussi est nulle ; la cour de cassation a jugé que la prescription commençait à courir à partir de l'ouverture de l'hérédité. En effet, l'action des héritiers est une action en nullité, donc il faut appliquer le principe général que nous venons de poser (1).

L'arrêt de la cour de cassation soulève une difficulté. Il constate que l'héritier avait connaissance de la donation, ainsi que de la remise des titres faite au bureau de bienfaisance. Est-ce à dire que cette connaissance soit une condition requise pour que la prescription coure? Nous avons déjà rencontré la question (n° 2), et nous l'avons renvoyée au titre de la *Prescription*. Il importe de constater que l'article 1304 ne la décide point ; il dit bien que, dans les cas de vice de consentement et d'incapacité, la prescription ne commence à courir que lorsque les causes de nullité ont cessé; mais il ne pose pas comme règle que la prescription ne commence à courir que lorsque la cause qui vicie l'obligation est connue de celui contre lequel court la prescription. Ce sont des dispositions exceptionnelles dérogeant à la règle d'après laquelle la prescription court immédiatement après le contrat; on ne peut donc pas les étendre et en faire un principe général. Au titre de la *Prescription*, nous verrons si la prescription court contre celui qui, à raison d'une impossibilité de fait, ne peut pas agir.

36. La cour de cassation a aussi jugé que lorsque les communes ont une action en nullité, elles doivent la former dans les dix ans à partir de l'acte (2). Il ne faut pas voir dans cette décision une dérogation au droit commun, comme on pourrait le croire d'après les termes de l'arrêt. C'est, au contraire, une application du principe que nous venons d'établir.

(1) Rejet, 5 mai 1862 (Dalloz, 1862, 1, 341).
(2) Rejet, chambre civile, 19 juin 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2902, 1°).

II. *Exceptions.*

1. DES ACTES QUI NE PEUVENT ÊTRE CONFIRMÉS AU MOMENT OÙ ILS SONT PASSÉS.

37. La prescription de dix ans établie par l'article 1304 est soumise aux principes qui régissent toute prescription. Elle éteint l'action; or, pour que l'action puisse être éteinte, il faut qu'elle soit ouverte. En ce sens, on peut dire que la prescription ne commence à courir que lorsque le droit d'agir est ouvert. Cela est vrai aussi au point de vue de la prescription spéciale de l'article 1304. C'est une confirmation, et confirmer, c'est renoncer; renonce-t-on à un droit qui n'existe point? La renonciation ne se conçoit que lorsque le droit est ouvert. Il y a des cas dans lesquels un acte est nul, sans que la partie intéressée ait le droit d'agir en nullité. Dans ces cas, la confirmation est impossible : on ne peut renoncer au droit d'agir en nullité tant que ce droit n'est pas ouvert.

38. Telle est la nullité du contrat de mariage quand les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées. Nous reviendrons sur la question au titre du *Contrat de mariage*, elle présente plus d'une difficulté. On admet généralement, et cela est évident, que pendant le mariage l'action en nullité ne peut être exercée. De là suit que l'action ne peut pas se prescrire. Les époux ne peuvent pas renoncer à un droit qui n'existe point. Ce n'est qu'à la dissolution du mariage que l'action s'ouvre, ce n'est donc qu'à cette époque que la prescription commence à courir. Nous nous bornons, pour le moment, à constater l'opinion commune.

39. Le partage d'ascendant fait par acte entre-vifs peut-il être attaqué du vivant du donateur? ou l'action en nullité ne s'ouvre-t-elle qu'à sa mort? C'est une question vivement controversée. Nous l'avons examinée ailleurs. Dans l'opinion générale, l'action en nullité ne peut être formée qu'après la mort de l'ascendant; ce qui décide la question de confirmation expresse ou tacite. La prescription ne peut courir tant que le droit d'agir n'est pas ouvert. Nous avons enseigné que l'action en nullité peut

être exercée déjà du vivant du donateur; dans cette opinion, le partage reste sous l'empire du droit commun quant à la prescription. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations et Testaments* (1).

40. Il a été jugé que l'action en nullité d'une institution contractuelle faite par une femme mariée sans autorisation maritale ne s'ouvre qu'au décès de la donatrice; d'où suit que la prescription ne court qu'à partir de cette époque. La cour de Besançon applique à l'espèce l'article 2257, d'après lequel la prescription est suspendue à l'égard des créances conditionnelles jusqu'à ce que la condition arrive; or, l'institution contractuelle est subordonnée à la condition de survie du donataire ou de ses descendants; ce qui décide la question de l'ouverture de l'action et par suite de la prescription (2). Nous reviendrons, au titre de la *Prescription*, sur le sens et la portée de l'article 2257; c'est là qu'est le siége de la matière.

2. DE L'ACTION EN NULLITÉ POUR CAUSE D'INCAPACITÉ.

41. Quand un acte est nul pour cause d'incapacité, la prescription ne commence à courir que lorsque l'incapacité a cessé. L'article 1304 applique ce principe aux femmes mariées, aux mineurs et aux interdits. Dans ce cas, on ne peut pas dire que l'action n'est pas ouverte. La femme peut agir, autorisée de son mari; le mineur peut agir avec le concours de son tuteur ou le tuteur pour lui; de même la nullité peut être demandée par le tuteur de l'interdit. Puisque le droit est ouvert, la prescription pourrait courir, d'après les principes généraux qui régissent la prescription. Elle pourrait courir aussi au point de vue du principe spécial sur lequel la prescription de dix ans est fondée. C'est une confirmation; or, rien n'empêche la femme autorisée de son mari de confirmer l'acte qu'elle a passé sans son autorisation; le tuteur du mineur et de l'interdit peut confirmer, autorisé, s'il y a lieu, par

(1) Voyez le tome XV de mes *Principes*, p. 140, nos 110-112.
(2) Besançon, 30 mars 1844 (Dalloz, 1845, 4, 365).

le conseil de famille. Le droit d'agir étant ouvert et la confirmation pouvant se faire, on demande pourquoi la prescription ne commence à courir que lorsque l'incapacité a cessé. Le législateur s'est placé au point de vue des incapables. « On regarde, dit l'orateur du gouvernement, comme étant dans l'impossibilité d'agir les personnes qui n'ont pas l'exercice de leurs droits ou la capacité (1). » Bigot-Préameneu ne dit pas qu'elles sont réellement dans l'impossibilité d'agir. Mais comme la confirmation est une renonciation, le législateur a voulu que les incapables intéressés confirment s'ils jugent convenable de renoncer au droit d'agir en nullité ; dans cet ordre d'idées, la prescription ne pouvait courir que lorsque l'incapacité est venue à cesser. C'est ce que dit Jaubert, le rapporteur du Tribunat : « A l'égard des femmes mariées non autorisées, le délai ne court que du jour de la dissolution du mariage, parce qu'alors seulement elles sont libres d'agir par elles-mêmes et de leur chef et qu'en principe la prescription ne peut courir contre celui qui ne peut agir (2). » Ce dernier motif est de trop, car, en principe, la prescription court contre la femme mariée. D'ailleurs il ne faut pas confondre la suspension de la prescription avec la disposition de l'article 1304. La prescription n'a pas encore couru, elle ne peut donc être suspendue ; il s'agit de savoir quand elle commencera à courir. Le code décide par des considérations d'équité plus que par des motifs de droit, que le vice d'incapacité empêche la confirmation et, par suite, la prescription.

42. « Le délai de dix ans court pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage (art. 1304). » Donc du jour de la mort de l'un des époux et, d'après notre législation, du jour que le divorce a été prononcé par l'officier de l'état civil ; la question a été ainsi décidée par la cour de Poitiers (3), et elle n'est pas douteuse. On prétendait que le délai devait courir du jour où l'arrêt qui prononce le divorce a acquis

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 173 (Locré, t. VI, p. 178).
(2) Jaubert, Rapport n° 60 (Locré, t. VI p. 219).
(3) Poitiers, 5 mai 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 2961 et 4539, 1°).

l'autorité de la chose jugée. C'était une erreur; le divorce n'existe que lorsqu'il a été prononcé par l'officier de l'état civil; c'est donc à partir de cette prononciation que le mariage est dissous, ce qui décide la question de prescription.

43. L'article 1304 s'applique-t-il à l'action en nullité qui appartient au mari quant aux actes que la femme a passés sans son autorisation? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour l'affirmative (1). On invoque le texte de l'article 1304 qui, dit-on, ne distingue pas si l'action est intentée par le mari ou par la femme (2). L'argument nous paraît très-faible. La règle est que la prescription court du jour de l'acte; cette règle reçoit exception pour les incapables. Est-ce que le mari est un incapable? Il peut confirmer d'une manière expresse; pourquoi ne le pourrait-il pas tacitement? Il y a plus. On lui donne l'action en nullité pour qu'il puisse venger son autorité qui a été méprisée; s'il veut réprimer l'atteinte qui a été portée à son autorité, il doit agir immédiatement; son silence témoigne qu'il ne veut pas agir, qu'il renonce à son action, qu'il confirme. Tous les principes s'élèvent donc contre la doctrine qui est généralement suivie. Est-il vrai que le texte décide la question? Non, car si la loi ne parle pas du mari, ce n'est pas pour le mettre sur la même ligne que la femme; elle ne parle pas de lui, parce qu'il est capable et, par conséquent, soumis au droit commun, tandis que la loi fait une exception en faveur de la femme à raison de son incapacité.

44. « Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les mineurs, que du jour de la majorité » (art. 1304). D'après le texte, l'exception ne s'appliquerait qu'au cas où le mineur a agi seul. En faut-il conclure, comme nous venons de le faire pour le mari, que si le tuteur a agi sans l'observation des formes légales, l'action est régie par le droit commun? Non, la différence est grande entre

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 499, n° 265 *bis* II, et les auteurs cités par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2965. Montpellier, 17 avril 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 938).

(2) Marcadé, t. IV, p. 655, n° II de l'article 1304. Mourlon, t. II, p. 783, n° 149. Comparez le tome III de mes *Principes*, p. 205, n° 166.

le tuteur et le mari ; le tuteur agit au nom du mineur, de là le principe que le fait du tuteur est le fait du pupille. Donc l'acte irrégulier fait par le tuteur tombe sous l'application de l'article 1304 : la prescription court à partir de la majorité.

Cela n'est pas contesté ; mais on a prétendu que la prescription ne devait commencer à courir contre le mineur à sa majorité que du jour où il aurait connaissance de l'acte. La cour de Dijon avait consacré ce système, en décidant que les dix ans ne commencent à courir que du jour où l'acte fait par le tuteur avait été opposé en justice au mineur devenu majeur. Cette décision a été cassée ; elle violait l'article 1304 (1). Le seul motif pour lequel la loi ne fait pas courir les dix ans à partir de l'acte, c'est l'incapacité du mineur ; donc dès que cette incapacité cesse, on rentre dans le droit commun. Vainement dit-on que le mineur, ne connaissant pas l'acte, peut invoquer le bénéfice de l'adage que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir. Cet adage ne s'applique qu'à l'impossibilité légale d'agir ; nous dirons ailleurs qu'il ne reçoit pas d'application à une simple impossibilité de fait. Dans l'espèce, cela n'est pas aussi contraire à l'équité qu'on pourrait le croire ; le mineur devenu majeur reçoit le compte de tutelle avec toutes les pièces justificatives ; il aura régulièrement connaissance de l'acte passé par le tuteur, donc il peut agir. Si le tuteur avait dissimulé l'acte, le mineur aurait contre lui une action en dommages-intérêts ; mais il n'aurait pas d'action contre les tiers, si dix ans s'étaient passés depuis sa majorité. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Elle a voulu limiter la durée de l'action ; or, si la prescription ne commençait à courir qu'après la connaissance que le mineur acquiert de l'acte nul, l'action aurait pu durer plus de trente ans. Il reste cependant un motif de douter, mais l'objection s'adresse au législateur ; la prescription de dix ans est une confirmation, et peut-on confirmer un acte dont on ignore l'existence? Cela est certes illogique ; il n'y a qu'une ré-

(1) Cassation, 30 mars 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2954).

ponse à faire, c'est que la loi déroge au droit commun et l'on ne peut pas étendre cette dérogation. Le mari aussi pourrait dire qu'il n'a pas eu connaissance de l'acte fait par sa femme sans son autorisation et soutenir que la prescription ne doit courir contre lui que du jour où il a eu connaissance de l'acte. Et l'interdit, à plus forte raison, pourrait élever cette objection. La loi n'a pas étendu aussi loin l'exception qu'elle fait au droit commun en faveur des incapables.

45. Aux termes de l'article 475, « toute action du mineur contre son tuteur relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité. » La prescription de l'article 475 ressemble à celle de l'article 1304 pour la durée; mais la prescription de l'article 1304 a un objet spécial, elle ne s'applique qu'aux actes nuls faits par le tuteur et elle s'exerce, non contre le tuteur, mais contre les tiers qui ont traité avec lui. Nous avons examiné, au titre de la *Tutelle* (t. V, n° 191), les difficultés auxquelles donnent lieu l'analogie et le conflit des articles 1304 et 475. Il y a un cas dans lequel la solution n'est pas douteuse, quoiqu'une cour d'appel s'y soit trompée. L'acte est attaqué pour cause de dol et de violence; cet acte est nul et l'action est une action en nullité. Donc c'est l'article 1304 qui doit recevoir son application, ce qui prolonge la durée de la prescription; car elle ne commence à courir que lorsque la violence a cessé et que le dol a été découvert. Le tuteur, beau-père de la mineure, lui arrache des actes par surprise et par abus d'autorité; après son mariage, la mineure, devenue majeure, attaque ces actes. La cour d'Orléans déclara les demandeurs non recevables, la prescription de l'art. 475 étant accomplie; en effet, l'action avait été intentée plus de dix ans après la majorité de la pupille. La décision a été cassée; comme le dit très-bien la cour de cassation, la surprise et la violence ne sont pas des faits de tutelle, l'article 475 était donc hors de cause; il fallait appliquer l'article 1304 (1). Alors même que l'acte attaqué con-

(1) Cassation, 10 février 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2954).

cerne la tutelle, en ce sens qu'il s'agit du compte de tutelle et de la décharge que le pupille donne à son tuteur, c'est l'article 1304 qui doit être appliqué quand l'action est fondée sur le dol et la fraude employés par le tuteur pour surprendre le consentement du mineur et pour obtenir une décharge que le pupille n'aurait pas signée s'il n'avait pas été trompé. L'article 475 n'est pas applicable dans ce cas; il suppose une action du mineur pour négligence du tuteur et mauvaise gestion; tandis que, dans l'espèce, le silence et l'inaction du mineur sont une conséquence de la fraude (1).

46. « Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée (article 1304). » On demande si la prescription court lorsque l'interdit n'a pas connaissance de l'acte qu'il a passé, ce qui sera le cas habituel, puisque l'on doit supposer qu'il a fait l'acte à un moment où il ne jouissait pas de sa raison. A notre avis, la négative n'est pas douteuse. Il est vrai que les lois sur la collocation des aliénés non interdits, portées en France et en Belgique, ne font courir la prescription de dix ans que du jour où l'interdit, après la levée de l'interdiction, a acquis connaissance de l'acte. Mais il va sans dire que ces lois ne peuvent pas être considérées comme une interprétation du code; elles consacrent, au contraire, un nouveau système. Il ne suffit pas, pour que la prescription coure, que l'incapable soit devenu capable : c'est là le système du code civil. Il faut de plus qu'il ait pu agir de fait par la connaissance qu'il a acquise de l'acte vicié; dans ce nouveau système, il faudrait encore aller plus loin si l'on voulait être logique, il faudrait exiger que celui contre lequel court la prescription ait connaissance du vice, car il ne peut pas plus agir s'il ignore le vice que s'il ignore l'acte. On voit que c'est là un tout autre système que celui du code. Il est inutile d'insister, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de l'*Interdiction* (2). Les lois nouvelles aboutissent à une

(1) Rejet, 23 décembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 205).
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 499, n° 402.

anomalie assez singulière : l'interdiction a été organisée pour protéger l'interdit, et il se trouve que l'aliéné non interdit et simplement colloqué dans un hospice, est traité avec plus de faveur que l'aliéné qui est interdit; la prescription court contre celui-ci, alors que le plus souvent elle ne court pas contre l'autre. Voilà l'inconvénient qui résulte presque inévitablement des dérogations partielles que le législateur fait au code civil; au point de vue des principes, ce défaut d'harmonie est regrettable.

47. Pour les actes antérieurs à l'interdiction, il se présente une autre difficulté : la prescription court-elle à partir de l'acte? ou à partir de la levée de l'interdiction? Nous avons examiné la question au titre de l'*Interdiction* (1).

48. Que faut-il décider des aliénés non colloqués et non interdits? Nous avons enseigné que les actes faits par les aliénés ne sont pas soumis à la prescription de l'article 1304. Si l'on admet la distinction des actes inexistants et des actes nuls, la question n'est pas même douteuse. Pour que l'aliéné puisse attaquer un acte par lui fait du chef d'aliénation mentale, il doit prouver qu'au moment même où il contractait il était privé de l'usage de sa raison. Or, un acte pareil est inexistant par défaut de consentement, et les actes inexistants ne se confirment pas, donc il n'y a pas lieu à la prescription de dix ans, qui est une confirmation (2).

Notre avis est isolé sur ce point, ce qui prouve combien la doctrine de l'inexistence des actes est encore incertaine. Dans l'opinion générale, on admet que l'acte passé par l'aliéné est annulable, d'où suit que l'action est soumise à la prescription de dix ans. Mais on se divise sur l'époque à laquelle commence la prescription. La jurisprudence et la plupart des auteurs décident que la prescription court à partir de l'acte. C'est le droit commun, et l'article 1304 n'y déroge point; cela est décisif (3).

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 377, n° 316.
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 385, n° 323.
(3) Bordeaux, 14 janvier 1857 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2959). Bruxelles, 18 novembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 208).

Les éditeurs de Zachariæ, au contraire, enseignent que la prescription ne commence à courir que du jour où l'aliéné a recouvré la raison (1). C'est faire la loi, il nous semble. Le code ne parle pas des aliénés, donc ils restent sous l'empire de la règle générale. On objecte que le motif pour lequel la prescription ne court point contre l'interdit, tant que l'interdiction dure, existe aussi pour l'aliéné; son incapacité est la même, bien qu'elle ne soit pas légalement constatée. Ici est l'erreur, à notre avis. L'incapacité de l'aliéné est de fait et non de droit; il ne peut pas confirmer, parce qu'il n'a pas l'intelligence nécessaire; tandis que l'interdit ne peut confirmer, alors même qu'il aurait l'intelligence de ce qu'il fait, dans un intervalle lucide, par exemple. Or, dans le système de la loi, l'exception ne s'applique qu'aux cas dans lesquels il y a incapacité légale; l'incapacité de fait n'empêche pas la prescription de commencer.

49. L'article 1304 ne parle pas des personnes placées sous conseil. De là la jurisprudence conclut qu'elles restent sous l'empire du droit commun, en ce qui concerne l'époque à laquelle la prescription commence à courir (2). Les auteurs enseignent, en général, qu'il faut leur appliquer le principe que l'article 1304 établit en faveur des incapables, c'est-à-dire que le délai de dix ans ne court, à leur égard, que du jour où la nomination d'un conseil est révoquée par jugement. Nous nous sommes rangé à leur avis (3). Il y a doute. Le silence de la loi paraît décisif dans une matière exceptionnelle. On répond que l'article doit recevoir son application à tous les incapables. Il est bien vrai que la loi ne place pas les prodigues et les faibles d'esprit parmi les incapables (art. 1155); mais c'est parce que leur incapacité n'est pas générale et absolue comme celle des mineurs, des interdits et des femmes mariées; toujours est-il que le code les frappe d'une incapacité légale pour un grand nombre d'actes (art. 499,

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 280 et note 35, et les auteurs qui y sont cités.
(2) Angers, 27 juillet 1859, et Rejet, 6 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 339).
(3) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 466, n° 374. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 279, note 33, § 339; Larombière, t. IV, p. 42, note 35 de l'article 1304 (Éd. B., t. II, p. 430).

513). Notamment ils ne peuvent pas aliéner, donc ils ne peuvent pas renoncer au droit d'agir en nullité et partant ils ne peuvent pas confirmer. Ici est le nœud de la difficulté. La prescription de dix ans est une confirmation, et dans le système du code elle ne commence à courir contre ceux qui sont légalement incapables de confirmer que du jour où cette incapacité cesse. C'est une exception, dira-t-on, donc on ne peut l'étendre. Oui, mais c'est une exception qui implique un principe, celui que nous venons de formuler; le même principe doit s'appliquer à tous les incapables. On peut objecter que nous sommes en contradiction avec ce que nous venons d'enseigner concernant les actes faits par les aliénés. Conçoit-on que la prescription ne coure pas contre les faibles d'esprit, tant qu'ils sont placés sous conseil, tandis qu'elle court contre les aliénés? La contradiction n'est qu'apparente. En effet, l'aliéné n'est incapable que de fait; se trouve-t-il dans un intervalle lucide, son incapacité cesse; tandis que les faibles d'esprit et les prodigues sont placés par la loi sur la même ligne que les interdits pour tous les actes qui leur sont défendus. D'un côté, il y a un obstacle de fait qui n'empêche pas le cours de la prescription, et d'un autre côté, il y a une incapacité légale qui empêche la confirmation, et partant la prescription, tant que l'incapacité dure.

50. Tant que dure l'incapacité légale, la prescription ne peut commencer à courir. Donc si les incapables meurent en état d'incapacité, la prescription ne court qu'à partir de leur décès. Les héritiers devront agir dans les dix ans à partir de l'ouverture de l'hérédité, alors même qu'ils n'auraient pas connaissance de l'acte passé par l'incapable. Cette ignorance n'est qu'une impossibilité de fait d'agir, et cette impossibilité n'empêche pas le cours de la prescription; les héritiers ont le droit d'agir, nous les supposons capables; donc, d'après le droit commun, la prescription doit courir, et la loi ne déroge pas, sous ce rapport, au droit commun (1).

(1) Rejet, 20 avril 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2988, 4°). Aubry et Rau, t. IV, p. 280, note 36, § 339.

3. VICES DE CONSENTEMENT.

51. Le code applique à l'action en nullité pour vices de consentement le principe qu'il suit pour l'incapacité : tant que le vice n'a pas cessé, la prescription ne commence pas à courir. Dans son application aux vices de consentement, la théorie de la loi s'explique facilement. La prescription de dix ans est une confirmation ; or, la confirmation ne se conçoit pas tant que le consentement est vicié par la violence, l'erreur ou le dol ; donc la prescription aussi est impossible. Pendant tout le temps que la violence dure, dit Bigot-Préameneu, elle renouvelle et confirme le droit d'agir ; c'est dire que la prescription serait viciée par le même vice qui entache l'acte qui donne lieu à l'action en nullité. L'orateur du gouvernement ajoute : « Il faut, pour que le délai dans lequel l'action doit être formée commence, qu'il ait été possible de l'intenter (1). » Ce motif est trop absolu ; l'on en pourrait induire que l'impossibilité d'agir empêche le cours de la prescription quand même elle serait de pur fait ; ce qui serait une dérogation au droit commun que la loi n'a pas entendu consacrer. La prescription de dix ans est fondée sur des motifs spéciaux ; c'est toujours à ces motifs qu'il faut recourir pour expliquer ce qu'elle a d'exceptionnel.

52. La jurisprudence a appliqué le principe à l'erreur de droit. Des enfants renoncent à toute action en répétition sur la succession de leur mère, parce qu'ils croyaient qu'il n'y avait pas de communauté, le père leur ayant déclaré qu'il était marié sous l'empire du droit écrit, c'est-à-dire sous le régime dotal ; ils découvrent plus tard qu'il y avait réellement eu communauté ; leur renonciation était entachée d'erreur, donc nulle. Restait à savoir à partir de quel moment la prescription de l'action en nullité avait commencé à courir. Quand l'erreur avait-elle été découverte ? La cour de Paris jugea que l'erreur avait

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 173 (Locré, t. VI, p. 178). Comparez Jaubert, Rapport, n° 60 (Locré, t. VI, p. 219).

duré pendant toute la vie du père. Entretenus dans leur erreur par les déclarations de leur père remarié, dit l'arrêt, liés par leur respect pour le père qui détenait les papiers et les actes de famille, ils n'ont songé à vérifier leur position et celle de leur mère que lorsque la mort du père commun a éveillé leurs intérêts par suite du conflit où ils se trouvaient avec les enfants du second lit; c'est alors seulement qu'ils ont pu consulter et s'éclairer sur les droits de leur mère (1).

53. Le dol présente des difficultés de fait qui peuvent donner lieu à une question de droit très-délicate. Il y a eu une série de manœuvres frauduleuses : à partir de quel moment la prescription courra-t-elle? L'article 1304 répond : du jour où le dol a été découvert, c'est-à-dire du jour où le débiteur acquiert la conviction qu'il a été trompé. Jusque-là la question est de fait. Mais le dol se cache et il se découvre difficilement. Dix, vingt, trente ans peuvent se passer avant que le débiteur apprenne les manœuvres frauduleuses dont il a été la victime. Le cas s'est présenté devant la cour de Paris. La transaction attaquée pour cause de dol avait été signée le 30 octobre 1817, et l'action en nullité ne fut intentée que le 4 décembre 1847; la prescription trentenaire était accomplie au moment où la prescription de dix ans courait encore. La cour décida que l'action était éteinte. En effet, la prescription de trente ans s'applique à toutes les actions formées en justice, quels qu'en soient la nature et l'objet. Si l'article 1304 déroge à la règle générale de l'article 2262, ce n'est pas pour étendre indéfiniment la durée de la prescription, c'est, au contraire, pour l'abréger. Lors donc que le dol est découvert et que l'action n'est intentée qu'après plus de trente ans, elle est éteinte, sans que l'on puisse se prévaloir de la prescription de dix ans (2).

On a fait une objection spécieuse. La loi, dit M. Larombière, établit une prescription spéciale pour les actions

(1) Paris, 16 août 1852 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2888, 3°).
(2) Paris, 22 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 155).

en nullité ; donc tant que cette prescription n'est pas accomplie, l'action dure : peut-on repousser par une fin de non-recevoir tirée de l'article 2262 celui qui agit en vertu de l'article 1304 (1)? Nous répondons que tant que la prescription de dix ans n'est pas accomplie, l'acte nul n'est pas confirmé. Voilà la seule conséquence que l'on puisse tirer de l'article 1304. Mais de ce qu'il n'y a pas de confirmation on ne peut pas induire que l'action en nullité puisse durer plus de trente ans ; c'est par un motif d'intérêt public que la loi limite à trente ans la prescription la plus longue; aucune action ne peut donc durer plus longtemps, l'intérêt général s'y oppose. Et il serait assez étrange qu'au nom d'un intérêt privé on vînt agir après les trente ans, alors que la loi n'accorde à ceux qui ont le droit d'agir en vertu de cet intérêt qu'un délai beaucoup moindre.

54. A quel moment la prescription commence-t-elle à courir lorsque l'action est intentée par les héritiers? Il y a, sous ce rapport, une différence entre les vices de consentement et l'incapacité. Quand les incapables meurent en état d'incapacité, l'obstacle qui s'opposait au cours de la prescription tombe; donc la prescription commence à courir, à moins qu'elle ne soit suspendue par la minorité des héritiers. Si le consentement du défunt a été vicié par l'erreur ou le dol, il se peut que les héritiers soient dans une ignorance complète de ce vice; donc l'obstacle subsiste jusqu'à ce qu'ils aient découvert l'erreur ou le dol. Un arrêt de la cour de Bruxelles semble décider que la prescription court du jour où l'acte est opposé aux héritiers; cela est contraire au texte formel de l'art. 1304: les héritiers ont le même droit que leur auteur, donc la prescription ne doit courir contre eux que du jour où ils ont découvert le dol. Dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, les héritiers avaient opposé l'exception de dol aussitôt que l'on avait poursuivi contre eux l'exécution de la convention, de sorte que la prescription ne pouvait être alléguée; la cour n'a donc pas été appelée à décider la

(1) Larombière, t. IV, p. 47, n° 29 de l'article 1304 (Ed. B., t. II, p. 427).

question que nous venons de traiter, question qui est tranchée par le texte de la loi (1).

55. L'erreur et le dol donnent lieu à une difficulté plus sérieuse : la prescription ne court que du jour où ils ont été découverts. A qui est-ce à prouver ce fait? Il y a sur cette question un excellent arrêt de la cour de cassation, et la doctrine est d'accord avec la jurisprudence. Le demandeur doit justifier sa demande, le défendeur son exception; si le demandeur repousse l'exception par une autre exception, c'est lui qui en doit prouver le fondement. Tels sont les principes. Qui est demandeur, dans l'espèce, et que doit-il prouver? C'est celui qui agit en nullité, et il doit prouver la cause de nullité, donc le dol ou l'erreur, s'il prétend que son consentement a été vicié par l'erreur ou le dol. Que répond le défendeur? Il oppose la prescription de dix ans. Que doit-il prouver? Que dix ans se sont écoulés depuis que l'acte a été passé. Tel est, en effet, le droit commun. Le demandeur repousse cette exception par une nouvelle exception; il soutient que la prescription n'a pu courir contre lui à partir de l'acte, puisqu'il ne connaissait pas l'erreur ou le dol; c'est à lui de prouver ce fait, puisqu'il est le fondement de sa réplique (2). Il faut donc poser en principe que le demandeur en nullité doit prouver que l'erreur ou le dol n'ont été découverts que depuis moins de dix ans. C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Chardon. On a objecté que cette preuve est très-difficile à faire; la cour de cassation répond que la difficulté de la preuve n'est pas une raison pour intervertir la position que la loi fait au demandeur et au défendeur. D'ailleurs la difficulté serait encore plus grande pour le défendeur. Qui peut savoir mieux que le demandeur quand il a découvert l'erreur ou le dol? Ajoutons que la preuve peut se faire par témoins et par présomptions, puisqu'il s'agit de faits dont il est impossible de se procurer une preuve littérale (3).

(1) Bruxelles, 24 mai 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 135).

(2) Cassation, 26 juillet 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2948, 2°). Besançon, 1er mars 1827 (Dalloz, n° 147, 1°).

(3) Duranton, t. XII, p. 616, n° 536. Aubry et Rau, t. XII, p. 281, note 38, et les auteurs qui y sont cités.

56. L'article 1304 s'applique-t-il au vice de lésion? On admet que la prescription court, dans ce cas, du jour de la majorité si la demande en rescision est fondée sur la minorité, et du jour du contrat si l'action a pour objet la rescision du partage ou de la vente. Quant au premier cas, il n'y a guère de doute. L'article 1304 parle des mineurs; quelle que soit la cause de leur demande, la lésion ou un vice de forme, la loi est applicable, puisqu'elle ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Lorsqu'il s'agit d'un contrat, partage ou vente, le droit commun reste applicable, puisque la loi n'y déroge point. On ne peut pas objecter que la lésion est un vice de consentement, et en induire qu'il faut appliquer par analogie la disposition exceptionnelle de l'article 1304, car la lésion n'est pas un vice de consentement. Nous reviendrons sur la question au titre de la *Vente* (1).

§ II. *De l'exception de nullité.*

57. On admet assez généralement que l'exception est perpétuelle; c'est le vieil adage : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Les adages ont une force étrange, on dirait des axiomes vrais d'une vérité éternelle; ils survivent au droit qui leur a donné naissance et se maintiennent alors même qu'ils n'ont plus de raison d'être. Tel est l'adage qui consacre la perpétuité de l'exception. Un acte est annulable pour cause de minorité : le mineur devenu majeur n'attaque pas l'acte, et le créancier n'en demande pas l'exécution. Dix ans se passent. Le créancier intente son action après que la prescription de l'action en nullité est accomplie. Le défendeur peut-il opposer l'exception de nullité en prétendant qu'elle est perpétuelle?

L'adage est général; ici nous n'avons à l'examiner que dans ses rapports avec l'action en nullité. Nous n'hésitons pas à dire qu'il est en opposition avec la théorie de la prescription décennale. La prescription de l'article 1304

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 281, note 39, § 339.

est une confirmation : celui qui, ayant le droit de demander la nullité, reste dix ans sans agir, renonce au droit qu'il avait, il confirme l'obligation qui était viciée. L'obligation devient donc pleinement valable après dix ans, comme si elle avait été confirmée expressément. Conçoit-on que, dans cette théorie, celui qui a confirmé l'acte en oppose la nullité par voie d'exception? Il est vrai que le mot *exception* ne se trouve pas dans l'article 1304. Eh, qu'importe? Est-ce que celui qui oppose l'exception de nullité n'est pas, en réalité, demandeur en nullité? C'est aussi un vieil adage qui le dit : *Reus excipiendo fit actor*. Et ce n'est pas une dispute de mots. Qu'est-ce qu'un acte nul? C'est un acte qui a une existence légale, qui produit des effets légaux jusqu'à ce qu'il ait été annulé, ou que le vice qui le rend nul ait été couvert par une confirmation. Donc quand après dix ans le défendeur oppose l'exception de nullité, cette exception tend à faire annuler l'acte; c'est donc une demande en nullité, partant nous sommes dans le texte de la loi, le délai qu'elle accorde pour demander la nullité est expiré : on ne peut pas plus demander la nullité par voie d'exception que par voie d'action.

Il y a un autre argument de texte. L'article 1234 place la nullité de la rescision parmi les modes d'extinction des obligations. Qu'est-ce à dire? Que lorsque les dix ans que la loi donne pour agir en nullité sont expirés, l'obligation est éteinte, c'est-à-dire que l'action en nullité est le mode que la loi a admis pour éteindre une obligation viciée. Cette action est limitée à dix ans; quand elle n'est pas formée dans les dix ans, l'obligation n'est pas éteinte, et elle ne l'est pas, dans le système du code, parce qu'elle est confirmée. Donc il est impossible qu'après les dix ans on invoque encore une exception de nullité pour éteindre une action qui ne peut plus être éteinte par voie de nullité (1).

58. On invoque, à l'appui de l'opinion contraire, la tradition romaine qui nous a légué l'adage. Nous l'écartons

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 501, nos 265 *bis* VI et VII. Duranton, t. XII, p. 664, n° 549. Duvergier sur Toullier, t. IV, 1, p. 452, n° 1. Marcadé et Mourlon (voir la note 1 de la page suivante).

par une fin de non-recevoir. Notre argumentation se base sur l'article 1304, c'est-à-dire sur une confirmation tacite résultant du silence que la partie intéressée à agir a gardé pendant dix ans. Est-ce que le droit romain connaissait aussi la prescription décennale équivalant à une confirmation expresse? Non, donc on doit mettre le droit romaine hors de cause. On a encore fait une autre réponse à l'objection (1); nous croyons inutile d'entrer dans ce débat. La tradition romaine ne peut plus avoir d'autorité, alors que les principes ont changé. Déjà dans l'ancien droit, l'ordonnance de 1539 rejeta la distinction entre l'action et l'exception; elle porte que les mineurs, devenus majeurs à vingt-cinq ans, ne pouvaient plus demander, après l'âge de trente-cinq ans, la cassation des actes faits en minorité, en demandant ou en *défendant*. L'ordonnance s'exprime très-exactement, en disant que le majeur ne peut *agir* en nullité en *défendant,* car c'est demander la nullité que de l'opposer par exception. Il est vrai que l'ordonnance fut vivement critiquée; Dumoulin la trouvait inique. Reste à savoir si les auteurs du code ont suivi l'ordonnance, ou s'ils ont déserté la tradition française en consacrant l'adage romain. On a dit avec raison que si les auteurs du code avaient voulu innover, mieux que cela, s'ils avaient voulu déroger à l'article 1304, en consacrant le principe de la perpétuité de l'exception, ils auraient dû le dire : on ne décide pas ces questions par le silence, car le silence peut aussi être invoqué contre un adage que l'ancienne législation avait déjà répudié. Quand il s'agit d'interpréter l'article 1304, il faut toujours recourir au rapport du Tribunat, car ce sont les idées du Tribunat qui y dominent. Or, le rapporteur s'exprime de manière à ne laisser aucun doute sur notre question; et, dans la théorie du Tribunat, il n'y a pas de doute possible (2).

(1) Marcadé, t. IV, p. 657, n° III de l'article 1304. Mourlon, t. II, p. 785, n° 1493.

(2) L'opinion contraire est enseignée par Toullier, t. IV, 1, p. 449, n° 600. Delvincourt, t. II, p. 184, note 7; Aubry et Rau, t. VI (3e édition), p. 515, notes 1 6, § 771 Larombière, t IV, p 52, nos 34-38 (Ed B., t. II, p. 429 431).

Le principe sur lequel repose l'article 1304 est la distinction des actes nuls et des actes inexistants. Un acte n'a-t-il pas d'existence légale, il ne donne lieu à aucune action; dès lors il ne peut s'agir d'éteindre l'action par la prescription; dans ce cas, le défendeur a une exception perpétuelle. « Lorsque, dit Jaubert, il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager, ou que du moins, à *quelque époque* qu'il soit *poursuivi*, il soit toujours admis à répondre qu'il n'y a pas d'obligation. » Il n'en est pas de même des actes nuls; ils existent, ils produisent des effets jusqu'à ce qu'ils aient été annulés par sentence du juge; donc il faut agir en nullité et demander l'annulation, si l'on veut que l'acte cesse de produire des effets. N'agit-on pas dans le délai de dix ans, l'acte devient pleinement valable, en ce sens que l'on n'en peut plus opposer la nullité. Ecoutons Jaubert : « Lorsqu'il s'agit d'un mineur, d'une femme mariée, ne serait-il pas bien extraordinaire que le temps de la restitution ne fût pas limité? Dans ce cas, on devait se borner à dire que celui qui avait souscrit l'engagement pourrait s'y soustraire. *La nécessité d'un délai* était commandée par l'intérêt public, pour que les propriétés ne restent pas longtemps incertaines. » Plus loin, Jaubert ajoute : « Pareillement, le secours que la loi accorde à ceux dont le consentement n'a pas été libre doit être invoqué dans un *délai fixé. Un laps de temps sans réclamation* doit faire présumer la ratification. » Qu'on ne dise pas que c'est là de la théorie; la théorie du Tribunat, nous l'avons démontré, est écrite dans le texte même de l'article 1304. Elle était déjà écrite dans le texte de l'article 1115 : « Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été *approuvé*, soit expressément, soit tacitement, *soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.* » Donc celui qui laisse passer le délai de dix ans *approuve l'acte*; et, après l'avoir approuvé, il en viendrait opposer la nullité par voie d'exception!

On a cherché des raisons pour justifier la règle traditionnelle. Il n'est pas raisonnable, dit-on, que la prescription coure contre une personne à qui l'on ne demande rien et à qui l'on ne demandera peut-être jamais rien, le créancier prétendu sachant que son titre est vicié. Pourquoi forcer celui qui n'est réellement pas débiteur à se jeter dans les embarras d'un procès en nullité tant que l'autre partie ne paraît pas vouloir tirer avantage d'un tel contrat? Nous répondons que cette argumentation confond les contrats inexistants et les contrats nuls. Il est vrai que lorsque le contrat est inexistant, le débiteur peut rester dans l'inaction; si on le poursuit, n'importe à quelle époque, il lui sera toujours très-facile d'établir qu'il n'y a pas d'obligation. Il n'en est pas de même des contrats simplement annulables. Ces contrats existent, le débiteur sait qu'il est lié, que le créancier a action contre lui pour le forcer à remplir ses obligations; s'il ne le poursuit pas immédiatement, c'est peut-être calcul; les preuves que le débiteur avait après la formation du contrat peuvent périr; n'étant pas poursuivi, le débiteur ne songera pas à les conserver, dans la croyance où il est que le créancier renonce à agir. Quand le créancier agira, le débiteur n'aura peut-être plus les moyens de lui répondre. Dira-t-on que ce débiteur n'a aucun intérêt à prévenir la demande du créancier (1)?

On insiste et on dit que le débiteur peut ignorer que la prescription court contre lui. Tel est le mineur, quand le tuteur a fait en son nom un acte irrégulier qu'il cache, ou dont le mineur ne connaît pas la nullité. Tel est surtout l'interdit; il fait un acte pendant son interdiction, il n'a pas conscience de ce qu'il fait, donc il n'en garde aucun souvenir; la prescription pourra s'accomplir contre lui avant qu'il ait connaissance de l'acte dont il aurait dû demander la nullité. L'objection n'a aucune valeur en droit, car il en est de même de toute prescription. Je suis héritier de mon oncle; la prescription avait commencé à courir contre lui à raison d'une créance dont je ne trouve aucune

(1) Duranton t. XII, p. 665 et suiv., n° 549.

trace dans les papiers; elle continuera à courir contre moi, je perdrai mon droit sans avoir pu le conserver. Le législateur, en cette matière, met l'intérêt public au-dessus de l'intérêt privé. En fait, on exagère les inconvénients de la loi. Si l'interdit n'a pas conscience de ce qu'il a fait, c'est qu'il était privé de sa raison au moment où il a contracté; dans ce cas, le contrat est plus que nul, il est inexistant et, par suite, il ne donne lieu à aucune action, à aucune prescription; l'interdit pourra toujours répondre, s'il est poursuivi, qu'il n'y a point d'obligation (1).

59. La jurisprudence est presque unanime pour l'opinion contraire. Cette unanimité est, en apparence, un fort préjugé contre l'opinion que nous venons de défendre. Mais quand on y regarde de près, cette autorité perd singulièrement de son prestige. Les arrêts n'ont d'autorité que par les motifs qu'ils donnent; or, quand on lit la longue série d'arrêts qui consacrent la perpétuité de l'exception, on est étonné de voir que la plupart ne sont pas motivés. Il en est ainsi des quatre arrêts que la cour de cassation a rendus sur la question; la cour se borne à dire que les exceptions sont perpétuelles, ou elle transcrit l'adage romain : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (2). On dirait qu'il suffit de citer quelques mots latins pour que tout soit dit. Telle est la puissance de la tradition sur les légistes; ils ont de la peine à s'en affranchir. Une cour cependant l'a osé, et l'arrêt unique de la cour de Gand a plus de poids à nos yeux que la longue série de décisions émanées des cours de France, parce qu'il est motivé, et fortement motivé, tandis que les arrêts des cours de France ou ne sont pas motivés, ou ils le sont avec une faiblesse extrême (3). La cour de Rouen se borne à dire que cela est assez généralement reconnu; elle ajoute que le défendeur n'avait pas intérêt à agir, parce qu'il pouvait *supposer* que le

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 503, n° 265 *bis* VI.
(2) Rejet, 20 mai 1823, 24 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 2939 et 4871), 31 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 829); 1er décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 15).
(3) Arrêts de Colmar, de Paris, de Rouen (Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 2938, 1° et 909, 1°). Bordeaux (n° 2881, 1°).

créancier n'agirait pas contre lui en vertu d'un titre vicié. Quoi! une simple supposition suffit pour qu'un débiteur ne soit pas intéressé à se dégager du lien de l'obligation qu'il a contractée! Cela est en opposition avec la théorie des nullités. L'acte existe, il produit ses effets comme s'il était valable; donc le débiteur a un intérêt pressant d'agir.

La cour de Caen dit que la maxime de la perpétuité de l'exception est proclamée par la jurisprudence nouvelle aussi bien que par l'ancienne. Est-ce la jurisprudence, par hasard, qui fait la loi? La cour cite les articles 1304 et 2262, lesquels, à son avis, maintiennent évidemment la règle romaine, parce qu'ils ne parlent que de la prescription de l'action (1). Ainsi le silence de la loi suffit pour maintenir une tradition qui est abrogée avec toute la jurisprudence ancienne! Ne pourrait-on pas dire, avec plus de raison, que le silence de la loi prouve que les auteurs du code civil n'ont pas voulu consacrer une maxime que l'ancien droit avait déjà répudiée?

La cour de Lyon a un autre argument : l'article 1304, dit-elle, n'a en vue que l'action exercée contre une convention déjà exécutée (2). Nous demanderons qui autorise la cour à introduire dans la loi une distinction qui ne s'y trouve pas et que le texte repousse, au contraire. En effet, l'article 1338 dit que l'exécution de la convention vaut confirmation, donc régulièrement une convention exécutée ne donne plus lieu à une action en nullité; partant l'article 1304 n'a pu avoir en vue un cas qui ne se présentera que rarement, alors que l'exécution n'a pas été volontaire. Conçue en termes généraux, la loi s'applique à tous les cas où il y a lieu à l'action en nullité.

Nous arrivons à l'arrêt de la cour de Gand (3). Elle invoque aussi l'article 1304; le lecteur jugera si son argumentation n'est pas plus sérieuse que celle de la cour de Lyon. L'article 1304, en disant que les actions en nul-

(1) Caen, 16 janvier 1846 (Dalloz, 1854, 5, 582).
(2) Lyon, 17 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 2, 219).
(3) Gand, 2 février 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 29). La cour a maintenu sa jurisprudence. Arrêt du 19 janvier 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 75).

lité ne durent que dix ans, ne distingue point entre l'action et l'exception, ni entre le cas où la convention a été exécutée et celui où elle ne l'a pas été. Cependant la loi aurait dû parler, et elle aurait parlé si réellement elle avait voulu introduire une distinction aussi importante. La distinction entre l'action et l'exception aurait eu pour effet, d'une part, de rendre les transactions certaines après dix ans, en limitant à cette durée les actions en nullité et, d'autre part, elle les aurait rendues incertaines même après dix ans, en perpétuant l'exception. Certes cela valait la peine d'être dit; le législateur ne peut pas laisser les citoyens dans l'ignorance du délai qui leur est accordé pour l'exercice de leurs droits. La cour ajoute que le législateur a parlé. L'article 1117 dit que la convention contractée par erreur, dol ou violence n'est pas nulle de plein droit, mais donne seulement lieu à une action en nullité dans les cas et de la manière expliqués à l'article 1304, c'est-à-dire que l'action est de dix ans, donc temporaire; si, à côté de cette action temporaire, le législateur avait entendu accorder une exception perpétuelle, n'aurait-il pas dû le dire et, en ne le disant pas, n'induit-il pas les justiciables en erreur, dans l'interprétation qu'on donne à la loi? Il dit clairement que les vices de consentement ne donnent lieu qu'à une action de dix ans, et il sous-entendrait que l'exception est perpétuelle! Les lois ne procèdent pas par restrictions mentales. Tout doute s'évanouit, dit la cour de Gand, si l'on combine avec les articles précités la disposition de l'article 1115, aux termes duquel le contrat vicié est *approuvé* après dix ans; ce qui exclut toute exception par laquelle, après ce délai, on attaquerait ce que l'on *a approuvé*. Nous ne continuons pas l'analyse de l'arrêt, il répond aux arguments que l'on fait valoir en faveur de la perpétuité de l'exception; nous les avons exposés, et nous espérons les avoir réfutés.

60. Pour compléter la doctrine consacrée par la juris prudence, nous devons ajouter que, dans l'opinion générale, l'article 1304 est applicable quand l'acte a été exécuté. Dans ce cas, la partie intéressée doit agir en nullité dans les dix ans, elle ne peut plus se prévaloir de la perpétuité

de l'exception (1). On conçoit que le législateur fasse ces distinctions et établisse des conditions; mais la jurisprudence a-t-elle ce droit? N'est-ce pas faire la loi?

§ III. *Effet de l'annulation.*

N° 1. ENTRE LES PARTIES.

I. *La règle.*

61. L'obligation annulée est censée n'avoir jamais existé. Ce principe est admis par tous les auteurs, bien qu'il ne soit pas écrit dans la loi (2). Raison de plus pour en rechercher le vrai motif. On cite l'article 1183, aux termes duquel la condition résolutoire opère la révocation de l'obligation lorsqu'elle s'accomplit et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé (3). Il est certain que l'annulation produit le même effet que la résolution; ce n'est pas à dire que l'on doive confondre le principe de la résolution avec celui de la nullité. Si la condition résolutoire anéantit le contrat, c'est que telle est la volonté des parties; aussi la résolution ne doit-elle pas être demandée en justice. L'annulation, au contraire, a lieu quand le contrat est vicié, et c'est à raison de ce vice que le juge en prononce l'annulation sur la demande de la partie qui doit agir en nullité. C'est également ce vice qui explique l'effet de l'annulation; un contrat vicié et nul comme tel ne peut produire aucun effet, le législateur ne pouvant donner sa sanction à une convention qu'il réprouve et qu'il annule. Il est vrai que le juge doit intervenir pour prononcer l'annulation, mais une fois le contrat annulé, il ne saurait produire aucun effet.

62. Si le contrat annulé n'a reçu aucune exécution, l'effet de l'annulation est très-simple; il n'y a plus de con-

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 2940 et 2941. Il faut ajouter Bruxelles, 27 juillet 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 251) et Gand, 31 mars 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 137).
(2) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 475.
(3) Larombière, t. IV, p. 35, n° 15 de l'article 1304 (Ed. B., t. II, p. 423).

trat, donc plus d'obligation, ni créancier, ni débiteur. Mais le contrat peut avoir été exécuté; dans ce cas, les parties doivent être remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé; chacune d'elles doit donc rendre ce qu'elle a reçu en vertu du contrat. Si donc une vente est annulée, l'acheteur devra rendre la chose et le vendeur le prix. Là ne se borne pas l'obligation de restitution; si l'acheteur a perçu des fruits, il doit les restituer; de son côté, le vendeur qui a eu la jouissance du prix doit compte des intérêts. Le vendeur a droit aux intérêts quand la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus (art. 1652); donc quand on lui restitue les fruits, il ne peut pas garder les intérêts. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Vente*.

63. Le vendeur devant les intérêts et l'acheteur les fruits, on peut demander s'il y a lieu à compensation. On applique les principes généraux qui régissent la compensation; il pourra donc y avoir compensation entre la dette du vendeur et celle de l'acheteur si les conditions requises pour la compensation existent. Mais la compensation n'a pas lieu, en ce sens que l'obligation de l'acheteur de restituer les fruits se compense avec l'obligation du vendeur de restituer les intérêts. Une pareille compensation serait contraire au principe de la restitution; les fruits ont généralement une valeur moindre que les intérêts du prix, donc la compensation ne remettant pas les parties dans la situation où elles étaient avant d'avoir traité, le vendeur gagnerait et l'acheteur serait en perte. Il est vrai que l'article 1682 établit le principe de la compensation, ainsi entendu, quand la vente est rescindée pour cause de lésion. Mais cette disposition est exceptionnelle, comme nous le dirons au titre de la *Vente*. On a tort d'invoquer, à titre de droit commun, une disposition qui est exorbitante du droit commun (1).

64. L'acheteur ou le possesseur, en général, sera-t-il dispensé de restituer les fruits, s'il est de bonne foi (2)?

(1) Larombière admet la compensation en vertu de l'article 1682 (t. IV, p. 155, n° 3 de l'article 1312) (Éd. B., t. II, p. 468).
(2) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 475, note 3

A notre avis, la question n'a pas de sens et nous ne comprenons pas qu'on la décide affirmativement. L'article 549 n'a rien de commun avec l'annulation d'un contrat; il ne s'applique qu'au cas où le propriétaire revendique la chose contre un tiers possesseur; quand un contrat est annulé, il ne s'agit pas de revendication, et le défendeur n'est pas non plus un possesseur de bonne foi dans le sens de l'article 549. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur cette disposition que la jurisprudence a si mal interprétée (1).

65. La cour de cassation a appliqué le principe de la restitution à la vente d'un fonds de commerce, mais l'arrêt est mal motivé; c'est la raison pour laquelle nous le citons, afin de rétablir les vrais principes, qui ne sont pas douteux. Le vendeur avait reçu une partie du prix qu'il devait restituer et l'acheteur devait restituer le fonds de commerce en tenant compte au vendeur de ce qui y manquait. Or, il se trouvait qu'il avait détourné des effets et marchandises qui faisaient partie de la pharmacie, objet de la vente; de ce chef encore, il était dû une indemnité au vendeur. La cour de Rouen condamna le vendeur à restituer les 12,500 francs qu'il avait reçus sur le prix et le renvoya à se pourvoir à la faillite de l'acquéreur pour le recouvrement de la somme qui lui était due par celui-ci. Cette décision a été cassée. La cour de cassation décida que le vendeur avait le droit de retenir sur le prix qu'il avait touché la valeur des effets et marchandises détournés par l'acheteur; que si le montant de cette indemnité ne pouvait s'évaluer immédiatement, il fallait suspendre la restitution des 12,500 francs. Telle est, en effet, la conséquence logique du principe de restitution; les deux parties doivent être mises dans l'état où elles étaient avant d'avoir contracté, ce qui demande une égalité complète; or, il y aurait eu préjudice pour le vendeur et profit pour l'acheteur ou ses créanciers dans le système de la cour de Rouen. Cela suffisait pour casser l'arrêt. La cour de cassation ajoute un motif très-obscur et qui nous paraît faux. « Le vendeur, dit-elle, se trouvant débiteur d'une

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*. p. 313, nos 239 et suiv.

partie du prix qu'il avait reçue et créancier de la valeur des effets et marchandises enlevés ou vendus, il *s'opérait dans su personne confusion* jusqu'à concurrence (1). » Qu'est-ce que la cour entend par *confusion?* Est-ce la *confusion* qui éteint les obligations? Il n'en pouvait être question, puisqu'il ne s'agissait pas d'une même créance dont une personne était tout ensemble créancière et débitrice. La cour veut-elle dire qu'il y avait compensation? Les deux dettes ne pouvaient se compenser, puisque l'une était liquide, tandis que l'autre ne l'était pas. En définitive, le mot n'a pas de sens et l'argument pas davantage.

II. *L'exception.*

66. L'article 1312 porte : « Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis en ces qualités à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit. » Bigot-Préameneu expose les motifs de cette disposition en ces termes : « Ce serait en vain que les mineurs, les interdits et les femmes mariées seraient admis à se faire restituer contre leurs engagements, si le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé aux incapables pouvait en être exigé. » En effet, la loi a pour objet de les protéger contre leur incapacité et d'empêcher qu'ils ne soient lésés. Or, ils seraient lésés s'ils devaient rembourser ce qu'ils ont reçu, et ce que, par suite de leur incapacité, ils ont inutilement dépensé. Pour qu'ils ne soient pas lésés, ils ne doivent être tenus de rembourser que ce qui a tourné à leur profit. La justice exige qu'ils remboursent ce dont ils ont profité, car ils ne doivent pas s'enrichir aux dépens d'autrui (2).

(1) Cassation, 13 mai 1833 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1427).
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 181 (Locré, t. VI, p. 179). Colmet de Santerre, t. V, p. 522, n° 275 *bis*.

67. Pour que les incapables puissent invoquer le bénéfice de l'article 1312, il faut qu'ils soient restitués à raison de leur incapacité; la loi le dit, et le motif de la loi suffisait pour le décider ainsi. C'est à raison de leur incapacité que la loi fait en leur faveur une exception à la règle de restitution. Si donc les incapables attaquent l'acte pour une autre cause, par exemple, pour vice de consentement, ils ne sont pas dans le cas de l'exception, partant ils restent soumis au droit commun. Pour le mineur, il se présente une légère difficulté : il a l'action en rescision pour cause de lésion et il a l'action en nullité pour inobservation des formes légales. Lorsqu'il agit en nullité, pourra-t-il invoquer la disposition de l'article 1312? Le motif de douter est que, dans ce cas, il ne doit pas prouver la lésion; son action n'étant pas fondée sur la lésion, on pourrait croire qu'il n'y a pas lieu de le protéger contre la lésion. Ce serait mal raisonner; le mineur est toujours lésé, en ce sens qu'il n'a pas joui de la protection que la loi a voulu lui assurer. C'est donc comme mineur lésé, et en cette qualité, qu'il demande la nullité. Donc l'article 1312 est applicable. Il y a un arrêt en ce sens (1).

L'article 1312 ajoute : « Ce qui leur a été payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage. » Si donc ils avaient reçu un payement après que leur incapacité a cessé, ils devraient en faire la restitution. La raison en est évidente; si la loi les dispense de la restitution, c'est qu'elle suppose qu'étant incapables, ils auront dissipé ce qu'ils ont reçu; ce motif cesse lorsqu'ils reçoivent en état de capacité, ils sont alors dans la même position que tous les contractants, ils doivent, par conséquent, subir la loi commune (2).

68. Les incapables doivent rembourser ce qui leur a été payé et ce qui a tourné à leur profit. Il va sans dire que, s'ils n'ont rien reçu, ils ne doivent rien rendre. Mais cela ne suffit point; ils peuvent avoir reçu et avoir dis-

(1) Bruxelles, 9 mai 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 158).
(2) Larombière, t. IV, p. 155, n°s 3 et 4 de l'article 1312 (Éd. B., t. p. 469).

sipé ce qui leur a été payé. Voilà pourquoi la loi exige que la chose leur ait profité.

La cour de cassation a fait l'application de ces principes à l'espèce suivante. Un mineur non commerçant souscrit un billet à ordre causé valeur en marchandises. Ce billet passé, valeur reçue comptant, à l'ordre d'un tiers, est protesté faute de payement. Le tribunal de commerce décida que le billet prouve que le souscripteur avait reçu la valeur et en avait profité. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation. Le billet ne prouvait pas même que le mineur avait reçu les marchandises. En effet, la loi veut que les billets à ordre énoncent la valeur fournie en espèces, en marchandises ou de toute autre manière; le billet fait preuve de la fourniture entre majeurs ou entre mineurs commerçants, il n'en est pas de même quand un mineur non commerçant a souscrit le billet; les principes de droit commercial sont dominés, dans ce cas, par le principe du droit civil qui assure protection au mineur; il faut donc prouver que le mineur a reçu. Et quand on ferait cette preuve, elle n'établirait pas qu'il a profité de ce qu'il a reçu; le profit résulte de ce qui s'est passé postérieurement à l'acte, de l'emploi que le mineur fait de l'argent, et certes le billet à ordre ne peut pas prouver ce qui s'est passé après qu'il a été souscrit (1).

69. Quand peut-on dire que le payement fait à l'incapable a tourné à son profit? C'est, en général, une question de fait que les juges décident d'après les circonstances de la cause (2). Il se présente cependant une difficulté de droit. Quel moment faut-il considérer pour estimer si l'emploi fait par l'incapable lui a profité? Est-ce celui où l'argent a été placé ou employé à des dépenses utiles, ou est-ce le moment où l'action est intentée? La même question se présente dans l'interprétation de l'article 1241; elle est controversée; nous renvoyons à ce qui a été dit sur le payement (3). Il y a un arrêt de la cour

(1) Cassation, 26 novembre 1861 (Dalloz, 1861. 1, 490).
(2) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2979
(3) Voyezle t. XVII de mes *Principes*, p. 527, n° 541.

de cassation en faveur de l'opinion que nous avons enseignée. Le mineur vend pour payer une dette, dans le but d'éviter les poursuites que le créancier pouvait diriger contre lui. Plus tard on découvre que la dette n'existait point. Peut-on dire que la vente et le payement du prix lui ont profité? Oui, dit la cour de cassation, car le payement lui a été utile, en ce sens que l'emploi était utile; un majeur n'aurait pas agi autrement, donc le mineur ne peut pas se plaindre qu'il a été lésé par son incapacité et, par suite, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1312.

70. L'article 1312 dit : « A moins qu'il ne soit *prouvé* que ce qui a été payé a tourné à leur profit. » Qui doit faire cette preuve? C'est celui qui a contracté avec le mineur. En effet, le principe d'où la loi part est que l'incapable ne doit pas rembourser, parce qu'elle suppose qu'il aura dissipé les deniers en inutiles dépenses; c'est par exception qu'il est tenu de restituer si ce qui a été payé lui a profité. Or, c'est à celui qui invoque cette exception de faire la preuve du fait qui donne lieu au remboursement. C'est l'opinion générale, et nous n'y voyons aucun doute(1).

71. Il a été jugé que ces principes reçoivent leur application à la femme mariée, séparée de corps, qui prend un bien à bail sans autorisation du mari. Nous ne comprenons pas qu'il ait fallu deux arrêts de cassation, dans la même affaire, pour juger ce que la loi décide formellement dans l'article 1312, car elle met les femmes mariées sur la même ligne que les mineurs et les interdits. Le bail était nul, donc il fallait régler les restitutions, s'il y avait lieu. Ce qui a trompé la cour, c'est que la femme avait joui du bien et en avait perçu les fruits; mais qu'importe? Il fallait encore voir si ces fruits lui avaient profité. Au lieu de cela, la cour de Bourges condamna la femme à tenir compte, à dire d'experts, des revenus et fermages des terres et usines qui faisaient l'objet du bail. C'était violer ouvertement l'article 1312 (2).

(1) Duranton, t. XII, p. 681, n° 562. Larombière, t. IV, p. 158, n° 6 de l'article 1312 (Éd. B., t. II, p. 469).

(2) Cassation, 25 août 1841 et 27 décembre 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 391).

N° 2. EFFET DE L'ANNULATION A L'ÉGARD DES TIERS.

I. *D'après le code civil.*

72. L'annulation rétroagit contre les tiers, c'est-à-dire que si un contrat translatif de propriété est annulé, tous les actes de disposition et d'administration même faits par le possesseur tomberont. C'est la conséquence logique du principe qui régit l'annulation. L'acte annulé est censé n'avoir jamais existé ; donc le possesseur n'a jamais eu de droit sur la chose et, par suite, il n'en a pas pu transmettre à des tiers. Le code le dit pour l'hypothèque : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit sujet à rescision ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise à la même rescision » (art. 2125). Ce qui est vrai de l'hypothèque est vrai de tout acte de disposition : celui qui n'a pas de droit sur une chose n'en peut transmettre à d'autres.

L'article 2125 met la rescision sur la même ligne que la résolution, il faut donc appliquer par analogie ce que nous avons dit des effets de la condition résolutoire (t. XVII, nos 80 et 81). Qu'un acte soit rescindé ou résolu, dans tous les cas le possesseur est censé n'avoir jamais été propriétaire ; donc tous les actes qu'il a faits doivent tomber, sans qu'il y ait à distinguer entre les actes d'administration et les actes de disposition. Nous renvoyons à ce qui a été dit de la condition résolutoire.

73. Quelle est l'action que le demandeur en nullité a contre les tiers ? Il ne peut pas agir directement contre les tiers ; l'action en nullité naît d'un contrat et ne peut être intentée que contre la partie contractante ; le tiers possesseur est étranger au contrat ; donc celui qui agit en nullité ne peut pas demander contre le tiers l'annulation d'un contrat. Il faut, avant tout, que le demandeur obtienne l'annulation de l'acte en vertu duquel les droits ont été concédés. Une fois le contrat annulé, il peut revendiquer contre le tiers possesseur. Mais comme il ne peut opposer aux tiers le jugement d'annulation, il devrait de nouveau faire annuler l'acte contre le tiers. Pour em-

pécher que le tiers ne se prevale contre lui du principe de la chose jugée, le demandeur en nullité peut mettre le tiers détenteur en cause et conclure contre lui à la restitution de la chose en cas d'annulation. Le jugement qui intervient étant rendu contre le tiers, le demandeur évitera un nouveau procès (1).

Nous ne faisons que résumer les principes que nous avons exposés en traitant de la résolution. Il y a une autre théorie empruntée à la tradition romaine, celle des actions *in rem scriptæ* ou, comme on dit, des actions personnelles-réelles (2). Nous avons combattu cette théorie, vrai barbarisme, à notre avis, une action ne pouvant pas tout ensemble être réelle et personnelle (3). Elle est d'ailleurs tout à fait inutile; les principes très-simples que nous venons d'exposer suffisent pour résoudre la difficulté, si difficulté il y a.

74. La jurisprudence a consacré le principe qui donne effet à l'annulation à l'égard des tiers (4); mais elle confond parfois les actes nuls et les actes inexistants. Il faut relever ces erreurs de doctrine. Notre science est une science exacte et ne souffre pas de demi-vérité. Le tuteur d'un interdit demande la nullité des actes faits par l'interdit avant l'interdiction, à une époque où la cause de l'interdiction existait notoirement. Est-ce une demande en nullité proprement dite? Cela dépend de la preuve faite par le demandeur. Dans l'espèce, la cour dit que la personne, depuis interdite, n'avait plus l'intelligence de ses actions; elle était donc incapable de consentir et, par suite, les actes par elle faits étaient inexistants. Dans cette hypothèse, le tuteur pouvait agir directement en revendication contre les tiers. On ne procéda pas ainsi. C'est en vertu du jugement d'annulation que le tuteur réclama les biens qui avaient été revendus sur licitation judiciaire. Peu importait la forme de la vente; les premiers acquéreurs ne pouvaient pas plus liciter que vendre. Peu

(1) Duranton, t. XII, p. 682, nos 564-566.
(2) Larombière, t. IV, p. 34, no 14 (Ed. B., t. II, p. 422).
(3) Voyez le tome XVII de mes *Principes*, p. 164, no 149.
(4) Cassation, 19 février 1856 (Dalloz, 1856, 1, 86).

importait encore la bonne foi des tiers acquéreurs; la bonne foi des tiers ne pouvait pas donner aux vendeurs un droit de propriété qu'ils n'avaient point. Peu importait enfin que l'ancien propriétaire, depuis interdit, eût assisté à l'adjudication; car les biens avaient été licités, non comme lui appartenant, mais comme appartenant à ses acquéreurs. On aurait pu dire qu'en assistant à la licitation, il avait confirmé la vente. La cour répond qu'il n'a pas pu confirmer des actes absolument nuls. Ce motif implique que les actes étaient plus que nuls, qu'ils étaient inexistants comme ayant été consentis par un individu incapable de consentir; ce qui viciait tout ce qui avait été fait (1).

75. Ces principes reçoivent-ils leur application à la nullité prononcée pour cause de dol? La question a fait l'objet d'une vive controverse. Elle se trouve très-bien résumée dans deux arrêts rendus par l'ancienne cour de Bruxelles siégeant comme chambre de cassation; le premier reproduisant la théorie romaine, le second consacrant les principes consacrés par notre code.

Le premier arrêt a été rendu sur les conclusions de Daniels, un de nos meilleurs jurisconsultes. Nous n'avons qu'un défaut à lui reprocher, c'est que nourri dans le droit romain, il consultait les compilations de Justinien de préférence au code Napoléon. C'est un exemple remarquable de l'influence que la tradition conserve sur les meilleurs esprits; il prouve aussi qu'il faut se défier de la tradition romaine qui, quoi qu'on en dise, n'est point la nôtre. La cour pose en principe que *les restitutions en entier* sont des actions personnelles, puisqu'elles ont toujours pour premier et principal objet de rompre un contrat ou une obligation. Nous arrêtons la cour et nous lui demandons ce que c'est qu'une *restitution en entier;* le mot ne se trouve pas dans notre code; il est vrai que les articles 1311 et 1312 emploient les expressions *restitution, restituer,* mais nulle part il n'est question d'une *restitution en entier*. La critique paraît puérile; elle a cependant

(1) Angers, 13 février 1846 (Dalloz, 1846, 2, 74).

son importance, c'est que le langage romain sert à introduire les idées romaines. La cour continue et dit que, d'après *le droit romain*, les *restitutions en entier* devenaient *in rem scriptæ* dans certaines causes de restitution et dans certains cas. Toujours des mots romains et, à leur suite, le droit romain est invoqué comme si nous étions encore sous l'empire du préteur. Mais, dit la cour, il n'en est pas ainsi de la restitution en entier pour cause de dol, qui s'est toujours bornée à celui qui avait commis le dol ou y avait participé, et ne s'est jamais étendu aux tiers acquéreurs de bonne foi (1).

Le préteur aurait pu signer cet arrêt. Chose singulière, la cour ne se demande pas si les principes du droit romain sont encore ceux du droit français. Voilà l'illusion des légistes que nos vieux coutumiers traitaient de docteurs ultramontains; élevés dans le culte du droit romain, ils ne doutaient pas de la vérité des principes qu'on leur avait appris à respecter comme la raison écrite. Il y a beaucoup à rabattre de cette superstition. Mais peu nous importe : la tradition romaine n'est plus pour nous que de l'histoire, notre droit est dans le code civil, et non dans le *corpus juris*. C'est ce que la cour de Bruxelles va nous dire dans son second arrêt.

La cour commence par rappeler les principes qui régissent le dol, en vertu des articles 1108, 1109, 1116 et 1117. Le consentement est une condition essentielle pour la validité d'une convention. Or, il n'y a point de consentement valable s'il a été donné par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. Donc le dol est un vice du consentement, au même titre que la violence et l'erreur. Quel est l'effet de ces vices? Le dol est une cause de nullité de la convention, de même que l'erreur et la violence. La loi met les trois vices sur la même ligne et dit que la convention n'est pas nulle de plein droit lorsqu'elle est contractée par erreur, violence ou dol, qu'il y a seulement lieu à une action en rescision.

(1) Rejet, 4 mars 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 64). Comparez Bruxelles, 19 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 198).

Cette action, dit l'article 1117, est réglée par les articles 1304 et suivants. Jusqu'ici nous ne voyons aucune différence entre le dol et les autres vices de consentement. L'effet est le même entre les parties, c'est la nullité. Reste à savoir si la rescision pour dol a le même effet à l'égard des tiers que la rescision pour violence ou pour erreur. Il y a, à cet égard, un principe élémentaire consacré par les articles 2182 et 2125 : c'est que l'on ne peut transmettre à d'autres des droits que l'on n'a pas soi-même. Si donc notre titre est entaché d'un vice, s'il est sujet à rescision, nous ne pouvons transmettre aux tiers que des droits également sujets à rescision. L'article 2125 le dit des hypothèques, et le même principe s'applique, par identité de raison, à tous les actes de disposition. La loi ne distingue pas entre les divers cas de rescision ; pas un mot qui puisse faire soupçonner qu'elle veuille faire une différence entre le dol et la violence ou l'erreur. Cela décide la question (1).

76. Le débat a été renouvelé par Marcadé. Ce n'est pas par engouement pour la tradition romaine que Marcadé a soutenu le principe romain, il a imaginé une théorie nouvelle sur le dol. D'après lui, le dol ne vicie pas, à proprement parler, le consentement, il donne seulement lieu à des dommages-intérêts ; or, ces dommages-intérêts ne peuvent être demandés que contre l'auteur du dol ; donc l'action ne peut pas être formée contre les tiers et, par suite, la nullité prononcée à titre de dommages-intérêts ne peut leur être opposée (2). Il en est de cette théorie comme de bien d'autres que Marcadé a mises en avant et qui lui ont valu quelque réputation dans le monde des écoles, pour mieux dire, des écoliers. Nous n'avons pas à discuter la question en théorie, ce n'est pas une question de théorie, puisque le texte du code la décide ; et si les interprètes avaient plus de respect pour le texte, il n'y aurait jamais eu de controverse sur les effets du dol, car

(1) Cassation, 2 juin 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 183).

(2) Marcadé, t. IV, p. 358, n° II de l'article 1116. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 31, n° 27 *bis* III ; Demolombe, t. XXIV, p. 169, n° 190.

la loi est formelle. On prétend que le vice de dol diffère des vices d'erreur et de violence, et nous venons de transcrire les articles du code qui mettent tous ces vices sur la même ligne et leur donnent les mêmes effets. Inutile d'insister ; l'avis de Marcadé est resté isolé.

77. Faut-il appliquer aux tiers détenteurs dont les droits sont annulés les principes qui régissent les possesseurs de bonne foi? Nous avons examiné la question ailleurs en expliquant les articles 549 et 550, que la jurisprudence applique à tort, suivant nous, aux actions en nullité (1).

78. Les principes qui régissent l'effet des nullités reçoivent une restriction quand l'acte est annulé pour cause d'incapacité. Aux termes de l'article 1125, les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. La nullité n'étant établie que dans l'intérêt des incapables, eux seuls peuvent s'en prévaloir. Il a été jugé par la cour de cassation que ce principe reçoit son application au cas où des majeurs se sont obligés conjointement avec un mineur. Le mineur peut demander la rescision ou la nullité, selon que l'acte est sujet à restitution ou nul en la forme (art. 1311), mais l'annulation du contrat ne profite qu'au mineur. Toute personne, dit l'article 1123, peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi, et l'article 1134 porte que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que pour les causes que la loi autorise. Quand donc un majeur contracte conjointement avec un mineur, il est valablement obligé ; aucune cause légale, on le suppose, ne lui permet d'en demander la nullité ; quant à la minorité de son coobligé, il ne peut pas s'en prévaloir. L'acte subsistera donc à l'égard du majeur (2).

79. La cour de cassation ajoute cette restriction : En

(1) Rejet, 5 décembre 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2979, 1º), et le tome VI de mes *Principes*, p. 314, nºˢ 241, 242.

(2) Cassation, 16 février 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2350), et 25 novembre 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2983, 1º).

matière *divisible*. En matière *indivisible*, le mineur relève le majeur. Le principe n'est vrai que pour la prescription d'un droit indivisible, tel qu'une servitude (1). La jurisprudence l'étend à la matière des nullités.

Dans une poursuite en expropriation forcée, le ministère public avait proposé d'office un moyen de nullité dans l'intérêt des mineurs. Ceux-ci interjetèrent appel contre la décision du tribunal qui avait rejeté le moyen de nullité. Le père des mineurs était en cause avec eux. De là la question de savoir si les moyens de nullité lui profitaient. La cour de Bruxelles se prononça pour l'affirmative, parce que les moyens de nullité concernaient une procédure qui ne pouvait se diviser (2).

La cour de Besançon a étendu plus loin le prétendu principe de l'indivisibilité. Un majeur s'oblige solidairement avec un mineur. Celui-ci se fait restituer contre son obligation. La cour a jugé que le majeur était par cela même dégagé de la sienne, parce qu'il était censé n'avoir contracté que dans la pensée que son codébiteur contribuerait avec lui à la remplir. Quant à l'article 1125, la cour l'écarte en décidant qu'il ne s'applique qu'au cas où le mineur n'agit point (3). D'où suivrait que la restitution du mineur relève toujours le majeur, quand même il n'y aurait aucune indivisibilité. C'est, à notre avis, violer tous les principes. Le codébiteur solidaire ne peut pas opposer l'exception de minorité, qui est personnelle à son codébiteur (art. 1208); il ne peut pas davantage faire annuler son engagement quand le mineur se fait restituer (4).

II. *Loi hypothécaire.*

80. La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 prescrit la publicité, dans l'intérêt des tiers, des demandes en nullité d'un acte soumis à la transcription, ainsi que des décisions intervenues sur ces demandes (art. 4 et 5). Nous traiterons cette matière au titre des *Hypothèques*.

(1) Voyez le t. XVII de mes *Principes*, p. 400, n° 396.
(2) Bruxelles, 26 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 189).
(3) Besançon, 14 août 1845 (Dalloz, 1847, 4, 341).
(4) Comparez Rejet, 5 décembre 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2979, 1°).

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE (1).

SECTION I. — Notions générales.

81. L'intitulé du chapitre VI du code porte ; *De la preuve des obligations et de celle du payement*. Ce titre est emprunté au *Traité des obligations* de Pothier (IVe partie). Il est évidemment trop restreint. Si on le prenait à la lettre, il faudrait dire que les dispositions du code sur la preuve ne s'appliquent qu'aux obligations conventionnelles. Quels seraient alors les principes qui régissent la preuve des obligations résultant d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit? Et comment se ferait la preuve en matière de droits réels? Le code ne contient pas d'autres règles sur la preuve que celles de notre chapitre VI. Ces règles sont d'ailleurs générales par leur nature, il n'y a aucune raison de les limiter aux obligations. Ce que le code ajoute du *payement* est tout aussi inexact : est-ce que la novation, la compensation et les autres modes d'extinction des obligations ne se prouvent pas d'après les principes de notre chapitre VI? C'est un vice de classification ; mais la classification ne fait pas loi, et moins encore une erreur de classification. Tout le monde est d'accord sur ce point (2). Si l'on veut une autorité, nous citerons les paroles de Bigot-Préameneu, qui dit dans l'Exposé des motifs : « Les obligations et leurs payements sont des *faits* sur lesquels, *comme sur tous les autres*, il peut y avoir ou une preuve littérale, ou une preuve testimoniale, ou des présomptions, ou l'aveu de la personne obligée, ou son serment. »

(1) Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves*, 3e édition, 2 vol. in-8° (Paris, 1862).
(2) Mourlon, t. II, p. 798, n° 1518. Colmet de Santerre, t. V, p. 522, n° 276 *bis* I.

82. Qu'entend-on par *preuve?* Une partie allègue un fait en justice, l'autre le conteste. Celle qui l'a allégué devra le *prouver*, c'est-à-dire établir la vérité du fait par une voie légale; la loi détermine les moyens de prouver un fait en justice; c'est par un de ces moyens légaux que le fait devra être établi. La preuve est donc la démonstration légale de la vérité d'un fait. Parfois on entend par preuve le moyen même que les parties emploient pour démontrer le fait contesté. En ce sens, on distingue plusieurs espèces de preuves, telles que la preuve littérale, la preuve testimoniale, pour marquer qu'on se prévaut d'un écrit ou de témoignages pour établir un fait (1).

83. Les preuves admises par la loi sont : la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment (art. 1316). Le juge n'en peut admettre d'autres. C'est une vieille et célèbre question de savoir si le magistrat a le droit de décider une contestation d'après la connaissance personnelle qu'il aurait des faits. La négative est certaine. Toullier l'établit parfaitement. Ce qui donne du poids à une preuve faite en justice, c'est le débat contradictoire auquel elle est soumise; il est donc de l'essence d'une preuve qu'elle puisse être combattue. Or, que serait la prétendue preuve consistant dans la connaissance personnelle du juge? Un témoignage dont aucune des parties n'aurait connaissance et que, par conséquent, elles ne pourraient combattre. Vainement dit-on que le juge, ayant la certitude que tel fait existe ou n'existe pas, ne peut et ne doit pas soumettre sa conviction au contrôle des parties. Le premier devoir du juge est d'observer la loi : elle lui indique quelles sont les preuves d'après lesquelles il doit admettre ou rejeter la vérité d'un fait. Si le fait est prouvé légalement, il doit l'admettre. N'est-il pas légalement établi, il n'en peut tenir aucun compte. Sa connaissance personnelle ne saurait peser dans la balance, car lui aussi peut se tromper; il est donc conforme à la justice et à la morale qu'il fasse abstraction de ce qu'il sait personnellement, pour mieux

(1) Duranton, t. XIII, p. 7, n° 6. Aubry et Rau, t. VI (de la 3e édition), p. 321, § 749. Colmet de Santerre, t. V, p. 523, n° 276 *bis* II.

dire, de ce qu'il croit savoir, car il y a toujours une chance d'erreur dans nos convictions les plus fermes (1).

La jurisprudence est en ce sens. Les monuments sont rares, parce que le principe est si élémentaire et d'une vérité si évidente, qu'il arrive rarement que le juge se mette au-dessus de la loi en décidant une contestation d'après la connaissance personnelle qu'il a de l'affaire. Un tribunal de première instance avait repoussé les moyens de la défense en se fondant sur la connaissance personnelle que les juges auraient acquise, en dehors du procès, des faits sur lesquels les parties étaient en discord. Cette décision fut réformée en appel. Les premiers juges, dit la cour, en opposant leur propre témoignage aux assertions du demandeur et aux preuves par lui invoquées, ont méconnu la première règle de toute justice : *Ne inauditus condemnetur*, puisque la partie ainsi condamnée a été dans l'impossibilité de discuter l'opinion du juge et d'en démontrer l'erreur. Quand il s'agit d'un point de droit, le juge peut suppléer aux omissions de la défense, c'est sa mission d'appliquer la loi. Mais il faut, avant tout, que les faits litigieux soient constatés, et ils ne peuvent l'être d'après la connaissance que le juge a comme homme privé, ils doivent l'être d'après les preuves légales que les parties invoquent devant lui (2).

84. Les conséquences qui résultent de ces principes sont également certaines et incontestables. Si une obligation est établie par un acte authentique, et que la preuve résultant de l'acte ne soit pas combattue, le juge doit condamner le débiteur, quand même il saurait, de science certaine, que l'acte est faux. La loi le lui commande, et sa conscience lui ordonne d'obéir à la loi. Cela paraît injuste. En réalité, c'est l'opinion contraire qui seraitsouverainement inique, car le magistrat serait tout ensemble accusateur, témoin et juge, sans que le condamné ait pu être entendu.

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 48, nos 38 et 39.

(2) Rennes, 29 février 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4621). Montpellier, 23 novembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 232). Bastia, 7 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 188).

Le demandeur n'a pas de preuve littérale ; la preuve par témoins est inadmissible à raison du montant pécuniaire du fait litigieux, il ne défère pas le serment au défendeur, parce qu'il n'a pas confiance dans sa moralité. Que fera le juge s'il a été témoin du contrat? Pourra-t-il se fonder sur cette connaissance personnelle pour donner gain de cause au demandeur? Non. Car la loi lui défend de décider les contestations par des témoignages, alors même que les dépositions des témoins seraient contrôlées par la partie adverse; à plus forte raison ne peut-il pas écouter son propre témoignage, il peut se tromper, et celui à qui ce témoignage est défavorable n'a aucun moyen de redresser l'erreur. Au milieu de toutes les chances d'erreur, inévitables quand il s'agit d'êtres faillibles, le législateur a dû s'attacher exclusivement aux preuves légales (1).

85. Les preuves légales mêmes ne sont pas toujours admissibles; elles ont leurs conditions, hors desquelles on ne peut pas les invoquer. Quelles sont ces conditions? La question est aussi difficile qu'importante; la doctrine est en désaccord avec la jurisprudence, et les arrêts semblent se combattre les uns les autres. Ecoutons d'abord les auteurs. Ils posent comme principe que la preuve doit être administrée dans la même instance et contradictoirement avec la partie à laquelle on l'oppose. De là on conclut que la preuve résultant d'une enquête ne peut être opposée à celui qui n'y a pas assisté, quoique d'ailleurs il fût partie dans l'instance. Ce principe pourrait très-bien être soutenu en théorie. C'est le juge appelé à décider la contestation qui doit entendre les témoignages pour en apprécier la valeur, et il faut surtout que la partie intéressée ait pu contrôler et combattre les dépositions qu'on lui oppose. Vainement dirait-on que la preuve administrée devant un autre juge constate un fait et que le fait reste constaté, puisque c'est un juge qui reçoit les témoignages et un officier public qui les écrit. Cela est vrai, mais à une condition, c'est que les parties intéressées soient pré-

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 50 et 51, n° 39. Duranton, t. XIII, p. 8, n° 9.

sentes et puissent combattre les témoignages. On peut encore invoquer, avec Toullier, l'incertitude des preuves; il n'y a que les jugements qui soient présumés être la vérité, il serait très-dangereux de réputer vrai tout ce qui est constaté en justice (1).

La loi ne consacre pas ce principe; dès lors il nous paraît difficile de l'admettre dans les termes absolus que nous venons de transcrire. Il s'agit d'un fait authentiquement constaté, donc il doit faire preuve dans une instance nouvelle. Il faudrait, nous semble-t-il, une loi pour l'écarter. Ainsi un fait est constaté dans une enquête; l'enquête prouve que telle déclaration a été faite par tels témoins. Pourquoi ces déclarations ne pourraient-elles pas être invoquées dans une autre instance? Nous n'y voyons qu'un seul obstacle, c'est quand l'enquête n'a pas été faite contradictoirement avec les parties qui figurent dans la nouvelle instance. Mais tout ce qui en résulte, c'est que l'on doit admettre ces parties à faire une contre-enquête.

Il y a un arrêt en ce sens. Dans le cours d'une instance en séparation de corps, des témoins déposent que le mari avait manifesté plusieurs fois l'intention de vendre tous ses biens pour réduire sa femme et ses enfants à la misère, qu'il avait consenti, sans autre mobile que la haine et la vengeance, des réductions considérables à ses fermiers, et d'autres faits de même nature. Après avoir obtenu la séparation de corps, la femme demande que son mari soit mis sous conseil judiciaire pour désordre d'administration et faiblesse d'esprit. Elle invoque l'enquête faite dans le procès en séparation de corps; le mari répond que c'est porter atteinte à la libre défense, parce qu'il aurait fait entendre des témoins en sa faveur s'il avait pu prévoir que sa femme voulût se prévaloir des témoignages à autre fin. Il a été jugé que la première enquête ayant été faite entre les mêmes parties, le juge pouvait y puiser des éléments de conviction quant aux faits dont la preuve

(1) Aubry et Rau, t. VI (3e édition), p. 324, note 12, et les autorités qui y sont citées. Toullier, t. IV, 2, p. 19, n° 26.

était demandée dans l'instance nouvelle; la cour décida que les uns étaient vagues, non pertinents, inadmissibles, et les autres sans utilité pour la solution du litige (1).

86. On déduit une autre conséquence du même principe, c'est que le juge ne peut puiser la preuve d'un fait contesté dans une enquête qui a eu lieu devant un tribunal de répression (2). Cette conséquence aussi nous paraît trop absolue. D'abord nous dirons, avec la cour de cassation, qu'aucune loi ne défend au juge de puiser ses éléments de conviction dans une procédure criminelle, ce qui donne au magistrat un pouvoir discrétionnaire, en ce sens que la décision basée sur une instruction criminelle ne saurait être cassée (3). Faut-il conclure de là que le juge peut toujours baser sa décision sur une procédure faite devant un tribunal de répression? Il y a un grave motif de douter, c'est que les témoignages en matière criminelle sont autrement reçus que les enquêtes en matière civile. Devant les tribunaux de répression, l'instruction écrite est secrète et a lieu en l'absence du prévenu. Il y a, à la vérité, un débat oral et public, mais il n'en reste aucune trace écrite; l'instruction contient donc des dépositions contre lesquelles le prévenu n'a pu réclamer par d'autres dépositions qui soient consignées par écrit. Dans les enquêtes civiles, au contraire, tout est contradictoire; les faits dont on demande la preuve doivent être articulés, l'admissibilité de ces faits est appréciée au préalable et la preuve contraire est de droit; il y a donc, en matière civile, des garanties qui n'existent pas en matière criminelle. Ces graves considérations ont engagé la cour de cassation à casser un arrêt qui avait pour base les déclarations des témoins reçues par l'officier de police judiciaire (4).

Toutefois la cour de cassation n'a pas maintenu cette jurisprudence rigoureuse. La rigueur dépasse, en effet,

(1) Besançon, 2 février 1865 (Dalloz, 1865, 2, 94).
(2) Aubry et Rau, t. VI (3e édition), p. 324, note 11, § 749.
(3) Rejet, 20 mai 1840 (Dalloz, au mot *Preuve*, n° 69, 1°).
(4) Cassation, 22 messidor an VII (Dalloz, au mot *Question préjudicielle*, n° 19, 1°).

la loi. Qu'importe que les dépositions des témoins en matière criminelle se fassent sans contradicteur? Tout ce qu'il est permis d'en induire, c'est que la partie intéressée peut demander, dans l'instance civile, à combattre ces dépositions; elles n'ont d'autre valeur que celle d'une déclaration constatée authentiquement, mais on ne peut pas leur refuser cette valeur-là. Quand on invoque une enquête, cela implique que la preuve testimoniale est admissible; or, lorsque le juge peut décider sur des témoignages, il peut aussi admettre des présomptions (article 1353). Où puisera-t-il ces présomptions? La loi ne lui impose aucune limite, donc il peut les chercher dans les documents d'une procédure criminelle. La cour de cassation l'a jugé ainsi en matière de fraude et de dol. Quand un acte est attaqué pour cause de dol et de fraude, l'article 1353 autorise les tribunaux à admettre les présomptions; elle s'en remet au juge pour l'appréciation des faits et circonstances d'où il déduit les présomptions dites de l'homme (1). De ce que la cour ne parle que de la fraude et du dol, il ne faudrait pas conclure que le juge ne peut recourir à une instruction criminelle que pour établir des faits doleux. L'article 1353 est général; dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales, elle autorise aussi le juge à baser ses décisions sur de simples présomptions, abandonnées à ses lumières et à sa prudence; si donc il y avait un commencement de preuve par écrit, le juge pourrait recourir à des présomptions pour compléter la preuve et il pourrait puiser ces présomptions dans une procédure criminelle.

87. Il reste encore quelque incertitude sur un point essentiel. Les documents d'une procédure criminelle sont-ils une preuve légale, en ce sens que le juge doit les accepter comme éléments du débat, sauf à en apprécier la valeur? Sur ce point, la jurisprudence de la cour de cassation est très-indécise. Elle a jugé que les tribunaux ne sont pas tenus de puiser les éléments de leur convic-

(1) Cassation, 2 juin 1840 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 597, 2°) Dans le même sens, Aix, 4 mai 1874 (Dalloz, 1875, 2, 52).

tion dans les documents d'une instruction criminelle (1). Aucune loi, dit un autre arrêt, ne défend aux juges civils de puiser des éléments de leur conviction dans les errements d'une procédure criminelle, mais aussi nulle loi ne leur en impose l'obligation (2). Quand les juges du fait basent leur décision sur l'enquête faite devant la justice répressive, la cour de cassation prononce des arrêts de rejet : c'est un pouvoir discrétionnaire, dit-elle, qui leur appartient souverainement (3).

Cela veut-il dire que la preuve est facultative? Il faut s'entendre. On lit dans un arrêt de rejet : « S'il est vrai qu'en matière civile le juge peut, au besoin, puiser les éléments de sa décision dans une procédure criminelle, cependant il est aussi certain qu'aucune disposition ne l'y oblige. C'est donc une *faculté* qu'il peut exercer et non un devoir qui lui est imposé. Par conséquent, si une cour pense *qu'elle n'a pas besoin de recourir* à une instruction criminelle dirigée contre l'une des parties en instance devant elle, le refus de consulter cette instruction criminelle ne saurait donner ouverture à cassation (4). » Sans doute, si la cour juge *qu'elle n'a pas besoin* de recourir à une preuve, on ne peut l'y contraindre, puisqu'il appartient au juge de décider s'il est suffisamment éclairé. Mais là n'est pas la difficulté ; on demande si la preuve est facultative, en ce sens que le juge puisse refuser de l'accueillir comme élément de conviction? Non, certes ; en ce sens, il n'y a point de preuve facultative, toute preuve est légale quand elle peut servir de base à la décision du juge ; donc, les documents d'une procédure criminelle peuvent être consultés et ils doivent l'être si l'une des parties les invoque, à moins que le juge ne trouve ce surcroît de preuve inutile. C'est bien là la pensée de la cour suprême. Un arrêt de cassation corrige ce que les autres décisions laissaient de vague ou avaient de

(1) Rejet, 2 juin 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4623, 2°).
(2) Rejet, 20 mai 1840 (Dalloz, au mot *Preuve*, n° 69, 1°).
(3) Rejet, 4 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Preuve*, n° 69, 2°). Comparez Rejet, 27 janvier 1830 et 26 novembre 1839 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n°s 595 et 597, 1°).
(4) Rejet, 22 juin 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs*, n° 2469).

trop absolu. Un concordat était attaqué pour cause de fraude et de dol. Il y avait eu une plainte en banqueroute frauduleuse, sur laquelle était intervenu, après instruction, un arrêt de non-lieu de la chambre des mises en accusation. Suspendue à cause de la poursuite criminelle, l'action reprit son cours et les demandeurs persistèrent à soutenir que le concordat était le résultat de la fraude et du dol. Leur action fut rejetée par la cour de Paris, par le motif, entre autres, qu'ils ne produisaient et n'offraient de produire, pour établir le dol et la fraude, d'autres preuves que celles qui résultaient de l'instruction criminelle, et que les juges ne peuvent puiser leurs éléments de conviction dans les enquêtes d'une procédure criminelle. Cet arrêt fut cassé comme violant expressément l'article 1353 (1). Il a donc été décidé que les juges doivent prendre en considération les enquêtes criminelles quand les parties les allèguent comme preuve. Cela est de l'essence de toute preuve. Le pouvoir discrétionnaire qui appartient au juge en matière de preuve testimoniale et de présomptions reste entier, car il lui appartient d'apprécier la valeur de la preuve offerte.

88. La jurisprudence des cours de Belgique a aussi été hésitante. Il a été jugé d'abord par la cour de Bruxelles que le juge civil ne peut pas prendre une instruction criminelle pour base de ses décisions, parce que dans les instances civiles tout doit se faire contradictoirement (2); la cour de Liége, au contraire, a jugé qu'un incendie avait été le résultat de la malveillance, en s'appuyant sur les poursuites criminelles, sans, du reste, discuter la question (3). La cour de Bruxelles est revenue sur sa première jurisprudence en décidant que le juge pouvait puiser des présomptions dans une procédure criminelle (4), et la cour de cassation s'est prononcée pour la même opinion dans l'affaire Delaet. Il s'agissait d'une requête civile fondée sur le dol personnel de la partie qui avait

(1) Cassation, 2 juin 1840 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 597, 2°).
(2) Bruxelles, 6 mars 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 68).
(3) Liége, 29 avril 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 122).
(4) Bruxelles, 25 mars 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 203).

obtenu gain de cause. Le dol pouvant se prouver par présomptions, le juge du fait peut puiser les éléments de sa conviction dans une procédure criminelle; la loi les abandonne aux lumières et à la prudence du magistrat, d'où résulte qu'il est souverain appréciateur des circonstances dont il fait dériver ses convictions (1). On voit que la jurisprudence des cours de Belgique tend, comme la jurisprudence française, à permettre au juge civil de se prévaloir des procédures criminelles.

89. Le juge ne peut pas admettre les preuves légales pour toute espèce de faits ; il faut qu'ils soient relevants, c'est-à-dire qu'ils soient de nature à influer sur la décision du procès. A quoi bon prouver des faits qui, alors même que la preuve en serait faite, seraient sans influence sur la décision? Ce serait faire des frais frustratoires et traîner les procès en longueur sans utilité aucune. La loi le dit pour les enquêtes (code de procédure, art. 254); la règle doit être généralisée, parce qu'elle résulte de la mission du pouvoir judiciaire; le juge est appelé à distribuer la justice, donc la procédure doit être limitée aux preuves qui peuvent l'éclairer. Tel est le sens du vieil adage : *Frustra probatur quod probatum non relevat* (2).

90. Il y a deux parties en cause: qui doit prouver les faits dont dépend la décision du procès? est-ce le demandeur? est-ce le défendeur? On répond, dans le langage de l'école, que le fardeau de la preuve incombe à celui qui allègue le fait. Ce n'est pas sans raison que l'on appelle fardeau l'obligation de prouver en justice un fait contesté; nous avons parlé ailleurs de la preuve de la propriété et des difficultés auxquelles elle donne lieu. C'est donc une charge difficile que celle de prouver; il importe de savoir sur qui elle pèse. Puis, et ceci est le point capital, le juge décide contre celle des parties qui devait faire la preuve et qui ne la fait pas. Je réclame une créance contre Pierre, c'est à moi de prouver le fonde-

(1) Rejet, 29 décembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 1, 65).
(2) Bonnier, t. I, p. 59, n° 61. Aubry et Rau, t. IV, p. 324 et note 13, § 749. Gand, 29 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 292).

ment de la demande; si je ne parviens pas à faire la preuve que ce que je prétends m'est dû, le juge décidera que Pierre ne me doit rien. Je prouve que Pierre me doit mille francs. Pierre m'oppose qu'il est libéré, s'il ne parvient pas à prouver le fait de sa libération, le juge le condamnera à payer. C'est le sens de l'adage : *Actore non probante, reus absolvitur*. On entend par *actor* ou *demandeur* tous ceux qui allèguent un fait et qui doivent le prouver; si cette preuve n'est point administrée, le juge donne gain de cause à la partie adverse. C'est la conséquence du principe que la loi établit sur le point de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve (1).

91. L'article 1315 porte : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » La loi ne décide la question du fardeau de la preuve que pour les obligations; elle doit être généralisée et formulée de manière qu'elle reçoive son application à toutes les demandes qui sont portées en justice et à tous les moyens que le défendeur y oppose. Celui qui intente une action ou qui oppose un moyen de défense au demandeur doit prouver les faits qui servent de fondement à sa demande ou à sa défense. C'est donc à celui qui allègue un fait qu'il incombe de le prouver, peu importe qu'il soit demandeur ou défendeur, car le défendeur devient demandeur quant à la défense qu'il oppose; c'est le sens des vieux adages qui sont conçus en termes plus généraux que la disposition de l'article 1315 : *Actori incumbit probatio. Reus excipiendo fit actor*.

Ce principe est fondé en raison. Pourquoi dois-je prouver l'obligation dont je réclame l'exécution? Parce que la liberté est la condition générale des hommes : l'un n'est lié à l'égard de l'autre que par exception, lorsque par la loi, par une convention, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit il se trouve obligé envers une autre personne,

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 53, n° 40. Colmet de Santerre, t. V, p. 523, n° 276 *bis* III et p. 526, n° 276 *bis* VIII.

donc c'est à celui qui prétend que je suis obligé de prouver le fait qui a créé une obligation à ma charge. Je revendique la propriété d'un immeuble contre le possesseur : pourquoi dois-je prouver que je suis propriétaire? Parce que, en général, ceux qui possèdent ont aussi la propriété de la chose; si je prétends évincer le possesseur, je dois prouver que moi je suis le propriétaire.

Le défendeur oppose-t-il une exception au demandeur, il doit prouver le fondement de cette exception, pourquoi? En général, le défendeur n'a rien à prouver ; c'est le demandeur qui doit établir l'existence du droit qu'il réclame en justice; ne parvient-il pas à faire cette preuve, le défendeur obtient par cela seul gain de cause, sans qu'il doive prouver quoi que ce soit. Mais quand le demandeur a établi son droit, le défendeur est tenu, s'il veut éviter une condamnation, de prouver qu'il est libéré, s'il s'agit d'une obligation. Il résulte de la preuve faite par le demandeur que le défendeur est lié ; pour se dégager de ce lien, il doit prouver qu'il est délié, c'est-à-dire établir le fait qui a éteint son obligation ; jusque-là il reste obligé et il est tenu de prester ce à quoi il s'est obligé. S'agit-il d'une action réelle, le demandeur en revendication doit prouver qu'il est propriétaire; le possesseur n'a aucune preuve à faire. Si le revendiquant ne prouve pas son droit, le possesseur obtient par cela même gain de cause. Mais si le demandeur établit son droit de propriété, le possesseur ne peut échapper à l'éviction qu'en prouvant que le demandeur n'est plus propriétaire et que lui a acquis la propriété; de défendeur il devient demandeur et, il est soumis comme tel, à la loi qui impose la preuve au demandeur (1).

92. Des principes aussi élémentaires ne peuvent guère donner lieu à des débats en justice. Mais les faits de la vie réelle n'ont jamais la simplicité de la théorie. Voilà comment il arrive que les principes les plus simples sou-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 524, n° 276 *bis* V et VI. Mourlon, t. II, p. 799, n° 1515.

formait à cet effet aucune demande reconventionnelle. De là suivait que le jugement fondé sur le défaut de preuve du demandeur n'impliquait pas la preuve d'une possession quelconque du défendeur; le défendeur à l'action possessoire, comme tout défendeur, n'a rien à prouver; n'eût-il exercé lui-même aucun acte de possession avant le fait qualifié trouble par son adversaire, il lui suffisait d'opposer au demandeur le défaut de justification d'une possession annale; donc le rejet de la complainte ne formait aucune preuve de la possession du défendeur. Les parties restaient dans les termes de l'article 1315; c'était au demandeur, dans la seconde instance, à prouver sa possession annale (1).

94. Le principe établi par l'article 1315 reçoit-il des exceptions? Il y en a une première que la jurisprudence a consacrée. Le défendeur n'a rien à prouver, il peut rester dans l'inaction en niant simplement le droit que le demandeur réclame contre lui. Au lieu de conserver cette position en restant sur la défensive, il oppose une exception et en offre la preuve; les rôles se trouveront-ils intervertis par là? la preuve sera-t-elle à sa charge? et succombera-t-il s'il ne parvient pas à la faire? Proposer une exception, alors que le demandeur n'a pas établi le fondement de sa demande, c'est renoncer à un droit que la loi donne au défendeur; la question est donc de savoir si cette renonciation est valable. L'avantage de la défensive est un bénéfice attaché à la défense; le défendeur y peut renoncer, car ce bénéfice n'a rien de commun avec l'ordre public ni les bonnes mœurs. Dès lors rien n'empêche que le défendeur ne devienne demandeur par son fait; s'il succombe, il doit s'en prendre à son imprudence. Le juge est obligé de statuer sur les conclusions qui lui sont soumises, il ne peut pas d'office rendre au défendeur le rôle que celui-ci a abdiqué.

Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens. L'acheteur demande la nullité d'une vente par le motif que la

(1) Rejet, chambre civile, 21 mars 1854, sur le rapport de Laborie (Dalloz, 1854, 1, 278).

chose vendue n'a pas la qualité promise par le vendeur. Il est tenu d'en faire la preuve. Mais si le vendeur oppose immédiatement l'exception et demande à prouver que la chose avait la qualité qui lui était attribuée par la convention, l'acheteur n'a plus rien à prouver; le vendeur a pris sur lui le fardeau de la preuve et il doit subir les conséquences de son fait. Dans l'espèce, on soutenait que le vendeur avait renoncé au bénéfice de l'article 1315; la cour de cassation admet la validité de la renonciation et la conséquence que nous en avons déduite. Mais, en fait, le vendeur n'avait pas renoncé à l'avantage de la défensive, de sorte qu'il restait sous l'empire de l'article 1315 (1). Il en sera régulièrement ainsi; peu de défendeurs feront la folie de renoncer à un droit qui leur assure gain de cause, en supposant que le demandeur ne parvienne pas à établir le fondement de sa demande.

95. Si l'on en croit un vieil adage, il y aurait une seconde exception à la règle de l'article 1315 : la négative, dit-on, ne se prouve pas, donc celui qui allègue un fait négatif n'est pas tenu d'en faire la preuve. Les glossateurs avaient imaginé ce prétendu principe par suite d'une fausse interprétation de textes romains; leur erreur est reconnue par tous les auteurs; on peut, en général, prouver un fait négatif en prouvant le fait positif contraire. Je prouve que vous n'êtes pas Belge, en prouvant que vous êtes Français, ou que vous avez perdu votre qualité de Belge. Il est vrai qu'il y a des propositions négatives qui ne peuvent pas se prouver, telle serait la proposition que je ne suis pas votre débiteur; il faudrait prouver qu'à aucun titre je ne suis votre débiteur, ce qui est à peu près impossible. Mais l'impossibilité ne vient pas de ce qu'il s'agit d'un fait négatif, elle vient de ce que le fait est indéfini; il en serait de même d'un fait affirmatif indéfini.

Peu importe que la preuve soit plus ou moins difficile, impossible même, cela ne dispense pas celui à qui la preuve incombe de prouver le fait. En effet, la loi n'apporte

(1) Rejet, 27 mai 1862 (Dalloz 1862, 1, 433).

aucune exception à la règle de l'article 1315 pour ce qui concerne les faits négatifs. Il y a plus, le code exige la preuve de faits négatifs, alors même qu'ils ne peuvent être établis au moyen de la justification d'un fait positif contraire. Celui qui demande la déclaration d'absence doit prouver que la personne présumée absente n'a pas donné de ses nouvelles depuis quatre ans. Celui qui agit en répétition de l'indû doit prouver qu'il n'est pas débiteur; nous reviendrons sur cette dernière question qui est toujours controversée. Malgré l'évidence des principes que nous venons d'exposer, et quoiqu'ils soient reconnus par tous les auteurs, le vieil adage est toujours cité quand le besoin de la cause l'exige. Toullier, après avoir très-bien établi la fausseté de l'adage, s'écrie : « Bannissons donc de l'école, et pour toujours, la subtile et inutile doctrine des glossateurs; bannissons du barreau la fausse et triviale maxime que l'on ne prouve pas une négative. » Les maximes traditionnelles ont une puissance incroyable; il faut les combattre à chaque occasion, jusqu'à ce qu'il se forme une tradition contraire (1).

SECTION II. — De la preuve littérale.

96. La preuve littérale est celle qui résulte d'un écrit authentique ou sous seing privé. Quand l'écrit a été dressé pour servir de preuve, on l'appelle *acte* ou *titre*. Ces deux mots ont encore un autre sens; de là le danger de confusion. Il importe de l'éviter dans une matière qui par elle-même est déjà très-difficile.

L'écrit qui est destiné par les parties à servir de preuve s'appelle indifféremment *acte* ou titre. La section première de notre chapitre est intitulée : *De la preuve littérale*. Le § 1er traite du *titre* authentique; le § 2, de l'*acte* sous seing privé; le § 4 est intitulé : « *Des* copies des *titres* », et il n'y est question que de titres authentiques. D'après cela, on pourrait croire que la loi se sert de préférence

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 12, nos 17 et 18. Colmet de Santerre, t. V, p. 524, no 276 *bis* VII. Aubry et Rau, t. VI, p. 326 et notes 16-18, § 749 (3e édit.).

du mot *titre* pour désigner des écritures authentiques. Il n'en est rien ; les articles 1317-1319, qui parlent des écritures authentiques, se servent du mot *acte*, et l'article 1320 dit : « L'*acte*, soit authentique, soit sous seing privé. »

Telle est la première signification du mot *acte* ou *titre*. Les écrits qui ne sont pas dressés pour servir de preuve ne sont pas des *actes* ; l'article 1332 leur donne le nom d'*écritures*. Toutefois l'article 1331 emploie aussi le mot *titre* en parlant d'écritures qui ne sont pas dressées pour servir de preuve. L'expression *titre* a donc un sens plus général que le mot *acte* : il désigne toute écriture pouvant servir de preuve.

97. Le mot *titre* a encore un autre sens. Il désigne le fait juridique, notamment la convention que l'écrit est destiné à prouver. L'article 893 dit : « On ne pourra disposer de ses biens à *titre gratuit* que par donation entre-vifs ou par testament. » Dans cette disposition, le *titre gratuit* est opposé au *titre onéreux* ; il comprend des faits juridiques qui ne sont pas des conventions, les testaments, que l'article 895 qualifie d'*actes* ; c'est aussi le nom que la loi donne aux donations qui sont de vrais contrats (article 894). C'est dans ce sens du mot *titre* que l'article 2265 exige un *juste titre* comme condition de la prescription par dix ou vingt ans, que l'on appelle usucapion ; le juste titre est celui qui aurait transféré la propriété à l'acquéreur si celui de qui il émane avait été propriétaire ; c'est donc un fait juridique, convention ou testament qui a pour objet de transférer la propriété. C'est encore en ce sens que l'article 2267 dit que le *titre* nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans ; il ne s'agit pas, dans ce cas, de l'écrit, mais du fait juridique qui exige une solennité pour sa perfection, comme nous le dirons au titre de la *Prescription*.

Le mot *acte* désigne aussi un fait juridique ; nous venons de citer les articles qui emploient cette expression pour désigner la donation et le testament. Dans l'article 778, la loi se sert du mot *acte*, d'abord comme synonyme d'écrit, en disant que l'acceptation d'une succession est expresse quand on prend la qualité d'héritier dans un *acte authen-*

tique ou *privé*. Puis la loi dit que l'acceptation est tacite quand l'héritier fait un *acte* qui suppose nécessairement son intention d'accepter. Tels sont la donation, vente ou transport que l'héritier fait de ses droits successifs, aux termes de l'article 780; donc des conventions.

98. Ainsi les mots *acte* et *titre* signifient tantôt le fait juridique qui doit être prouvé, tantôt l'écrit qui sert de preuve. Il faut cependant se garder de confondre ces deux ordres d'idées. Autres sont les conditions requises pour la validité du fait juridique, de la convention; autres sont les conditions prescrites pour la validité de l'écrit qui sert de preuve littérale. Il peut donc arriver que l'écrit soit nul, bien que le fait juridique soit valable; la nullité de l'écrit n'exerce, en général, aucune influence sur la validité du fait juridique. Il en est ainsi dans tous les contrats non solennels. L'écrit que les parties dressent de leurs conventions ne sert, dans ces contrats, que de preuve; est-il nul, tout ce qui en résulte, c'est que la preuve littérale fait défaut; mais si la convention réunit les conditions voulues par la loi, les parties intéressées seront admises à prouver leurs conventions par les autres voies légales de preuve. Par contre, la validité de l'écrit ne valide pas le fait juridique qui y est constaté; la convention sera nulle ou inexistante si le consentement est vicié ou s'il n'y a pas de consentement, bien qu'il y ait un écrit, valable en la forme, qui constate la convention.

Il n'y a d'exception à ces principes que lorsque le fait juridique est un acte ou un contrat solennel : la solennité est, en ce cas, substantielle : nulle en la forme, la convention est par cela seul nulle ou inexistante. Telle est la donation nulle en la forme; cette nullité est si radicale, que la loi ne permet pas même au donateur de confirmer la libéralité qu'il a faite; s'il veut la maintenir, il doit la refaire en la forme légale (art. 1339).

La loi détermine quels contrats sont solennels; ceux qui exigent un acte authentique pour leur existence, ou du moins pour leur validité sont : la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque. Aux divers titres des contrats, nous examinerons s'il y a d'autres conventions pour la

validité desquelles la loi exige un écrit sous seing privé. Les parties pourraient faire de l'écrit une condition de leurs conventions, en ce sens que la convention n'existerait que si un acte était dressé (1). Dans ce cas, l'existence de la convention dépendra de la rédaction d'un écrit; jusque-là les parties ne sont pas liées, elles peuvent encore refuser de traiter au moment où l'on va passer à la rédaction de l'acte. Si l'acte est dressé, mais qu'il soit nul, la convention tombera-t-elle avec l'acte? Cela dépend encore de la volonté des parties contractantes ; elles peuvent rendre leurs contrats solennels au même titre que la donation; ce qu'elles veulent fait loi, pourvu que leur volonté ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Mais si telle est leur intention, il faut qu'elle soit manifestée d'une manière bien expresse, car c'est une exception au droit commun, et une exception que l'on ne peut admettre facilement, puisqu'elle n'est pas dans les habitudes des parties contractantes. Quand elles dressent acte de leurs conventions, c'est uniquement pour en avoir une preuve littérale; l'acte change de nature quand il cesse d'être une preuve pour devenir une condition sans laquelle la convention n'existera point. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que les parties l'aient formellement stipulé (2). Tel est le principe, nous en verrons des applications au titre de la *Vente*.

99. La confusion entre l'acte et le fait juridique qu'il constate est facile. On la rencontre dans un grand nombre d'arrêts; il faut l'éviter, ne fût-ce que pour conserver à notre science la rigueur logique qui la distingue; l'erreur, d'ailleurs, est fertile en fausses conséquences; nous aurons l'occasion de les signaler. Pour le moment, nous nous bornons aux principes, en écartant tout ce qui pourrait les obscurcir. Les auteurs du code ne sont pas à l'abri de tout reproche : il n'y a pas d'articles plus mal rédigés

(1) Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XV, p. 505, nos 448 et 449).

(2) Duranton, t. XIII, p. 67, n° 79; Toullier, t. IV, 2, p. 135, n° 140. Larombière, t. IV, p. 243, n° 13 de l'article 1318 (Ed. B., t. III, p. 502). Toulouse, 19 août 1806 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3006, 1°) ; Rennes, 7 juillet 1845 (*ibid.*).

que ceux qui concernent la preuve littérale. L'un des esprits les plus nets parmi les hommes qui ont pris part aux travaux préparatoires du code, Jaubert, a confondu le fait juridique avec la preuve. On lit dans son second rapport : « Respectivement aux parties contractantes, une obligation est également valable du créancier au débiteur, soit qu'elle ait été consentie par acte public, soit qu'elle ait été consentie par écrit privé. » Une obligation ne se *consent* pas par *acte* : l'acte ne fait que constater le consentement, et une obligation n'est pas *valable* pour être constatée par un acte authentique ou privé; elle est valable ou peut l'être, quand même il n'y aurait pas d'acte et quand même l'acte serait nul. Jaubert ajoute: « Une *quittance* sous seing privé libère le débiteur envers le créancier autant qu'une quittance devant notaires(1). » Non, ce n'est pas la quittance qui libère, c'est le payement, la quittance ne fait que constater le payement; de sorte que la quittance notariée pourrait être nulle, et le payement n'en serait pas moins valable, et l'obligation n'en serait pas moins éteinte.

Ce qui favorise cette confusion, c'est que le défaut de preuve littérale peut mettre le créancier dans l'impossibilité de poursuivre son droit. Mais la difficulté de prouver, fût-elle une impossibilité, n'empêcherait pas la validité de la convention. Ecoutons Merlin, il est d'une netteté admirable. « Dès que les parties ont donné leur consentement, l'obligation est formée; et soit qu'on puisse la prouver ou non, elle n'en a pas moins la vertu intrinsèque de lier les contractants. En bonne logique, le défaut de preuve d'un acte ne peut pas en emporter la nullité, il n'en peut résulter qu'un empêchement de fait à son exécution; et si l'on parvient à suppléer à ce défaut, à lever cet empêchement par des preuves tirées d'ailleurs, pourquoi l'acte n'en serait-il pas pleinement exécuté? En vain dirait-on que, dans le principe et d'après l'acte même, l'obligation n'était pas susceptible d'exécution forcée; l'obligation était valable dans le principe, et cela suffit pour qu'elle ait tout son

(1) Jaubert, 2e rapport, no 4 (Locré, t. VI, p. 224).

effet du moment que la preuve en est acquise (1). » Toullier ajoute : « On ne saurait trop répéter qu'il ne faut pas confondre les actes avec les conventions qui s'y trouvent écrites. Les conventions existent indépendamment des actes qui les contiennent; elles existent même nécessairement avant les actes qui ne sont faits que pour en rendre la preuve plus facile et plus durable (2). »

100. Puisqu'on ne saurait trop répéter une vérité qui est cependant de toute évidence, nous citerons un arrêt de la cour de Bruxelles qui consacre les principes que nous venons d'exposer. Dans l'espèce, l'acte était nul comme authentique, et il ne pouvait valoir comme acte sous signature privée par défaut de signatures. Mais, dit la cour, si un acte est nul en la forme et ne peut servir de preuve, la convention n'en subsiste pas moins et doit sortir ses effets, indépendamment de l'acte qui en est dressé, lorsque la preuve de l'existence de la convention est acquise d'ailleurs d'une manière légale. La cour établit ensuite que la vente litigieuse avait reçu sa perfection par le consentement des parties et qu'elle est prouvée par l'aveu des parties et par l'exécution qu'elle a reçue (3).

Voici, au contraire, une décision d'un tribunal de première instance qui confond entièrement la convention et l'acte qui la constate. « En l'absence d'acte qui établisse le concours simultané de la volonté des parties, acte qui, entraînant des obligations réciproques, devait, aux termes de l'article 1325, être dressé en autant de doubles qu'il y avait de parties intéressées, il n'a pu se former un contrat légal entre les parties. » L'erreur est si palpable qu'il est inutile d'y insister. Sur le pourvoi en cassation, il intervint néanmoins un arrêt de rejet. La cour cherche à excuser l'erreur du premier juge, en disant que le considérant que nous venons de transcrire doit être entendu en ce sens que le juge a trouvé l'obstacle à la formation du contrat non pas dans l'absence d'un acte destiné à la prou

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Double écrit*, n° 7.
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 131, n° 133.
(3) Bruxelles, 21 mai 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 76; et Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2898).

ver, mais dans le défaut de concours de volonté des parties. Même ainsi interprétée, la décision serait encore incorrecte, car du défaut d'acte on ne peut pas induire l'inexistence de la convention. La cour de cassation elle-même ne s'exprime pas exactement quand elle ajoute : « En admettant que le tribunal eût confondu la preuve de la convention avec les éléments de celle-ci, cette confusion aurait été sans influence sur la décision, la convention dépourvue de preuve légale devant être considérée comme n'existant pas (1). » Nous préférons le langage de Merlin : la convention existe, seulement il y a un obstacle à ce qu'elle soit exécutée.

101. Nous disons que la confusion que nous signalons est très-dangereuse, comme l'est toute erreur. Celle-ci conduit très-facilement à une erreur nouvelle que les auteurs du code ont commise : que dis-je? Pothier lui-même est coupable, comme nous le dirons plus loin. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne profitent pas aux tiers et elles ne leur nuisent pas (art. 1165). Si l'acte se confond avec la convention, il faut dire des écrits ce que l'article 1165 dit des conventions ; les écrits n'auront donc d'effet, c'est-à-dire de foi, qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers ou successeurs universels. C'est ce que dit l'article 1319 de l'acte authentique, et l'article 1322 le répète pour les actes sous seing privé. C'est une double erreur, sur laquelle nous reviendrons. Nous la constatons dès maintenant, pour montrer que rien n'est indifférent en droit. La précision du langage est une marque de la précision des idées; quand le langage est confus, il y a fort à craindre que les idées ne soient également confuses. C'est notre excuse de ce que nous insistons tant sur des notions qui paraissent élémentaires et qui le sont réellement; ce qui n'empêche pas les juges de les oublier, et parfois même les auteurs, qui sont tenus à une plus grande rigueur, puisqu'ils enseignent le droit.

(1) Rejet, 8 août 1851, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1852, 1, 465).

ARTICLE Ier. Du titre authentique.

§ Ier. *Conditions requises pour l'authenticité.*

1. *Un officier public.*

102. « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises » (art. 1317). Cette définition est incomplète ; nous la compléterons en exposant les conditions requises pour qu'un acte soit authentique. La première est que l'acte soit reçu par un officier public. Il faut ajouter que l'officier doit avoir reçu de la loi mission de donner l'authenticité aux actes qu'il est appelé à rédiger. La loi du 25 ventôse an XI a confié cette mission aux notaires : ce sont, dit l'article Ier, des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, pour en assurer la date, en conserver le dépôt et en délivrer des grosses et expéditions. Il y a des actes qui doivent être reçus par notaires : tels sont la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque ; quant aux autres, il dépend de la volonté des parties contractantes de les faire rédiger par un notaire ou de les dresser elles-mêmes sous seing privé. Mais si elles veulent leur assurer l'authenticité, elles doivent s'adresser à un notaire. Il résulte du texte que nous venons de transcrire que l'institution du notariat a pour but de conférer l'authenticité aux actes. Les notaires ont donc une compétence générale pour recevoir toute espèce d'actes. Il n'y a d'exception que pour les actes que la loi a expressément chargé d'autres fonctionnaires de recevoir. Nous avons déjà rencontré les exceptions que le code consacre. Il charge le juge de paix de recevoir le contrat d'adoption (art 353), ainsi que le contrat de tutelle officieuse destiné à faciliter l'adoption (article 363). L'émancipation se fait également par une déclaration que le juge de paix reçoit, assisté de son greffier (art. 477).

Hors ces cas, c'est le notaire qui reçoit les actes auxquels les parties intéressées veulent ou doivent donner le caractère d'authenticité. Cela ne veut pas dire que le notaire soit obligé de les écrire lui-même; sauf les testaments par acte public qui doivent être écrits par le notaire sous la dictée du testateur, les actes authentiques peuvent être écrits par le clerc. Toutefois il faut que le clerc les écrive sous la dictée ou sous le contrôle du notaire, donc en sa présence. Dire que le notaire reçoit un acte, c'est dire qu'il doit être présent quand les parties déclarent leurs volontés. Il est arrivé qu'en l'absence du notaire les parties ont fait leurs déclarations au clerc, lequel rédigea l'acte, toujours en l'absence du notaire; celui-ci le signa plus tard, sans que les parties fussent présentes. La cour de Nancy a jugé, et avec raison, que cet acte n'était pas authentique, car il n'avait pas été reçu par un officier public, et c'est là une condition essentielle exigée par l'article 1319. Sur le pourvoi, la décision fut cassée; nous reviendrons plus loin sur le motif de cassation; mais tout en annulant la décision de la cour de Nancy, la cour suprême reconnaît que cet acte ne pouvait être considéré légalement comme un acte authentique; cela nous paraît évident (1).

103. Il y a d'autres officiers publics qui ont qualité pour dresser des actes authentiques dans les cas déterminés par la loi; leur compétence, à la différence de celle des notaires, est exceptionnelle. Nous venons de nommer les juges de paix et de citer les actes qu'eux seuls ont le droit de passer. Le code civil déclare encore authentiques les actes de l'état civil reçus par les officiers publics que la loi a chargés de ce soin (art. 45). Les huissiers ont qualité légale pour signifier tous les exploits, soit judiciaires, soit extrajudiciaires; ces exploits font foi des faits qu'ils sont destinés à constater. D'après le décret du 14 juin 1813 (art. 26), les huissiers audienciers ont l'attribution exclusive de faire les significations d'avoué à avoué; de là suit que ces significations sont des actes authentiques

(1) Nancy, 5 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 45). Cassation, 27 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 1, 152).

auxquels pleine foi est due jusqu'à inscription de faux (1).

Les juges de paix, les officiers de l'état civil, les huissiers ne peuvent pas recevoir les actes qui sont de la compétence exclusive des notaires. Cela est certain pour les officiers de l'état civil et pour les huissiers; le but de leur institution n'a rien de commun avec les conventions que les parties intéressées voudraient rendre authentiques. Cela est si évident, que le cas ne s'est jamais présenté, croyons-nous, pour les actes de l'état civil; ils ont un objet trop spécial pour que les parties songent à y insérer des conventions d'intérêt privé. Il n'en est pas de même des actes d'huissier, ils touchent aux contrats, puisqu'ils se font pour leur exécution forcée. Un huissier fait un acte de protêt; il y énonce que la veuve, qui avait accepté la lettre de change avec son mari, avait déclaré « que son mari étant décédé depuis peu de jours, elle ne pouvait faire quant à présent le payement de la lettre de change par elle acceptée, mais qu'elle payerait et ferait honneur à sa signature plus tard. » Poursuivie par le créancier, la signataire opposa que son acceptation était nulle, en ce sens qu'elle n'avait pas pu engager ses biens dotaux. On lui opposa la déclaration qu'elle avait faite à l'huissier. La cour de Toulouse écarta la déclaration comme ne faisant aucune foi; et sur le pourvoi cette décision fut maintenue par la cour de cassation. Il est vrai que le code de commerce (art. 174 du code de 1808 et 65 de la loi belge du 20 mai 1872) veut que l'huissier énonce dans l'acte de protêt les motifs du refus de payement; mais cette disposition doit être limitée strictement au refus de payer; l'huissier ne peut donner force authentique aux réponses non signées de la partie qui contiennent des engagements autres et plus étendus que ceux qui résultent de la lettre de change. Or, dans l'espèce, la réponse consignée par l'huissier impliquait la renonciation de la veuve au droit qui lui était acquis de ne pouvoir être poursuivie sur ses biens dotaux. Donc l'huissier avait dépassé la mission que la loi lui donne (2).

(1) Liége, 2 décembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 25).
(2) Rejet, 17 novembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 57). Voyez, en sens contraire, Aix, 9 août 1839 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 911).

La cour de cassation de Belgique a rendu une décision analogue. D'après le code de procédure (art. 813), l'huissier qui fait des offres réelles doit faire mention dans son procès-verbal de la réponse du créancier, c'est-à-dire qu'il doit constater l'acceptation ou le refus des offres; à cela se borne la mission de l'huissier. Dans l'espèce, le créancier avait répondu, aux termes du procès-verbal, qu'il n'avait plus rien de commun avec le débiteur, ayant cédé à un tiers ses droits et actions. La cour de Liége décida que la mention de cette réponse faisait foi jusqu'à inscription de faux et déclara, en conséquence, le créancier non recevable dans la poursuite qu'il dirigeait contre son débiteur. Cette décision fut cassée, l'huissier n'ayant aucune qualité pour constater des faits, des aveux ou des cessions qui rendraient le créancier non recevable à agir; de là la conséquence que tout ce que l'huissier avait constaté au delà du refus du créancier ne faisait aucune foi (1).

104. Le code de procédure (art. 54) veut que le greffier du juge de paix dresse un procès-verbal de ce qui se passe quand les parties comparaissent en conciliation; cet acte doit contenir les conditions de l'arrangement s'il y en a; la loi ajoute : « Les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'*obligation privée.* » Cela veut-il dire que le procès-verbal ne fait pas foi comme acte authentique? Ce n'est pas ainsi qu'on l'entend. L'article 54 ne parle pas de la *foi* due au procès-verbal; il dit que les conventions ont la *force* d'obligation privée, ce qui est tout différent. Le procès-verbal est un acte authentique, puisqu'il est dressé par un officier public qui a mission de constater les arrangements pris par les parties; donc l'article 1317 est applicable et, par suite, l'acte fait foi comme authentique. Que veut donc dire l'article 54? Il résulte de la discussion que le législateur n'a pas voulu permettre aux juges de paix de recevoir des constitutions d'hypothèques, sous forme de conventions intervenues entre les comparants, d'une part, pour empê-

(1) Cassation, 5 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 1, 123).

cher les magistrats de faire concurrence aux notaires et, d'autre part, parce qu'on craignait que les juges de paix ne fussent pas capables de rédiger des actes qui compromettent la fortune des citoyens quand ils sont nuls en la forme (1).

105. La loi du 22 pluviôse an VIII donne aux huissiers et aux greffiers, ainsi qu'aux notaires, le droit de vendre aux enchères des meubles, effets, marchandises, récoltes. Il a été jugé que la loi de ventôse sur le notariat n'avait pas abrogé la loi de pluviôse, et la cour en a conclu que les actes de vente dressés par les officiers publics ayant le droit de faire des ventes mobilières aux enchères étaient des actes authentiques et faisaient foi comme tels (2).

106. Il ne suffit point d'être fonctionnaire public pour avoir le droit de recevoir ou de dresser des écritures authentiques ; il faut, comme condition essentiellle, que la loi ait investi l'officier public de cette mission. La cour de cassation a décidé, et cela n'est pas douteux, que des dépêches ministérielles ne sont pas des actes authentiques (3).

107. On suppose que l'officier public n'avait point les qualités ou les conditions d'aptitude requises pour les fonctions dont il est revêtu ; le notaire, par exemple, est étranger : les actes qu'il reçoit seront-ils authentiques ? L'affirmative n'est pas douteuse. Si le notaire a le droit d'instrumenter, ce n'est pas à raison des qualités que la loi exige pour la nomination aux fonctions de notaire, c'est parce qu'un arrêté royal le nomme notaire et qu'il a prêté serment ; donc la nomination et la prestation du serment suffisent pour qu'il puisse exercer les fonctions notariales.

On le décide généralement ainsi en invoquant l'adage romain : *Error communis facit jus*. Cette maxime est

(1) Duranton, t. XIII, p. 24, n° 17. Colmet de Santerre, t. V, p. 527, n° 279 *bis* III. Voyez la jurisprudence dans le Recueil de Dalloz, au mot *Conciliation*, n°s 368-375.
(2) Liége, 20 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 75).
(3) Rejet, 21 décembre 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 1, 278).

très-contestable, comme nous l'avons dit ailleurs. La loi célèbre que l'on cite d'ordinaire ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Un esclave, Barbarius Philippus, qui a donné son nom à la loi, avait été élu préteur ; l'erreur fut reconnue. On demanda si les actes qu'il avait faits comme préteur étaient valables. Ulpien décide l'affirmative et il en donne une excellente raison. L'esclave tenait ses droits du peuple souverain; or, le peuple aurait pu lui donner la liberté, il pouvait aussi le nommer préteur. On ne peut pas dire que le roi ait le droit de nommer notaire celui qui serait étranger; mais s'il l'a nommé, le notaire illégalement nommé n'en est pas moins investi des fonctions qui lui donnent le pouvoir d'instrumenter (1).

Que faudrait-il décider si l'officier public n'avait pas une nomination régulière ou s'il était douteux qu'il eût le droit d'instrumenter? Avant l'organisation régulière du notariat en Algérie, un notaire avait été nommé par un sous-intendant militaire. La cour de cassation a jugé que cette nomination était illégale et que, par suite, les actes reçus par le prétendu officier public étaient nuls (2). C'est l'application des vrais principes. Dans l'espèce, il y avait encore une autre nullité : le prétendu notaire n'avait pas prêté serment, de sorte que, même régulièrement nommé, il n'aurait pas eu le pouvoir d'instrumenter.

Il a été jugé, en sens contraire, que l'erreur commune validait, au besoin, les testaments reçus en Algérie par les secrétaires des commissariats civils dans les localités où il n'existait pas de notaire (3). Il nous répugne d'attribuer un effet juridique à l'erreur, fût-elle commune.

108. L'officier public suspendu ou destitué n'a plus le droit d'instrumenter; donc les actes qu'il reçoit n'ont aucune force probante. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut, d'après la loi de ventôse (art. 52, 68), que la suspension ou la destitution ait été notifiée au notaire; jus-

(1) Duranton, t. XIII, p. 65, n° 77. Larombière, t. IV, p. 206, n° 7 de l'article 1317 (Ed. B., t. II, p. 490). Aubry et Rau, t. VI, p. 359, note 4, § 755. Bonnier, t. II, p. 25, n° 471.
(2) Cassation, 9 mai 1842 (Dalloz, au mot *Organisation de l'Algérie*, n° 853).
(3) Alger, 22 février 1858 (Dalloz, 1859, 2, 143).

qu'à cette notification, il a le droit d'instrumenter; la loi l'a décidé ainsi dans l'intérêt des tiers qui peuvent ignorer que le notaire soit suspendu ou destitué; la signification du jugement donne une notoriété de fait à l'incapacité du notaire. Le même principe s'applique par analogie aux autres officiers publics. Cela a été jugé ainsi pour les actes faits par un huissier suspendu (1).

II. *Capacité.*

109. L'officier public, capable d'instrumenter, peut être incapable à raison d'un empêchement particulier et relatif. Ainsi les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels ils sont personnellement intéressés ou qui concernent un de leurs parents ou alliés au degré prohibé par la loi. Nous renvoyons, pour les détails, à la loi du 25 ventôse an XI (art. 8, 10 et 68) (2).

110. La cour de cassation a conclu de là que le notaire ne pouvait pas figurer comme porte-fort dans un acte de prêt qu'il reçoit. Dans l'espèce, le notaire avait consenti pour le prêteur, c'est lui qui avait compté les fonds à l'emprunteur; il avait donc agi tout ensemble comme officier public et comme partie, soit à titre de mandataire, soit à titre de gérant d'affaires. La nullité de l'acte entraînait la nullité de l'hypothèque qui y était constituée (3). Ce dernier point est d'une importance extrême, beaucoup de notaires étant dans l'habitude de dresser des actes d'hypothèque, en l'absence du prêteur, et sans mandat. Nous reviendrons sur la question au titre des *Hypothèques*.

III. *Compétence.*

111. L'article 1317 exige, pour qu'il y ait authenticité, que l'officier public ait le droit d'instrumenter dans le lieu

(1) Rejet, 25 novembre 1813 (Dalloz, au mot *Huissier*, n° 120).
(2) Rejet, 20 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 1, 171).
(3) Rejet, chambre civile, 3 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 305). Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 361, note 12, § 755 (3e édit.).

où l'acte a été rédigé. Par application de ce principe, la loi de ventôse dispose que les actes reçus par les notaires hors de leur ressort sont nuls (art. 6 et 68). Quel est le ressort dans lequel les notaires ont le droit d'instrumenter? Sur ce point, nous renvoyons à la loi du 25 ventôse an XI.

112. Le code ne parle pas de la compétence à raison de la nature de l'acte. Il va de soi que les notaires ne peuvent recevoir des actes qui sont de la compétence exclusive d'autres officiers publics. Ainsi les actes d'adoption qu'ils recevraient seraient radicalement nuls, c'est-à-dire qu'ils n'auraient aucun effet comme actes. H ors de sa mission, l'officier public n'est plus qu'un simple particulier (1).

La jurisprudence est en ce sens. Une déclaration dressée et signée par un maire et deux témoins atteste qu'un créancier a reconnu, au lit de la mort, avoir été payé. Il a été jugé que cette déclaration ne faisait pas foi en faveur du débiteur. La cour de Metz dit très-bien que la déclaration ne pouvait valoir que comme preuve testimoniale; or, dans l'espèce, la preuve testimoniale n'était pas admissible. De plus, les témoignages n'étaient pas reçus dans la forme légale. L'acte était donc nul sous tous les rapports (2).

IV. *Formes.*

113. L'article 1317 dit que l'acte, pour être authentique, doit être reçu avec les solennités requises. C'est la loi du 25 ventôse an XI qui prescrit les formes dans lesquelles les actes notariés doivent être reçus, et elle détermine aussi les cas dans lesquels l'inobservation des formes légales entraîne la nullité de l'acte (art. 68).

114. Un acte sous seing privé devient-il authentique par le dépôt que les parties en font entre les mains d'un notaire? Notre loi hypothécaire prévoit la difficulté en ce

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 529, n° 279 *bis* VI.
(2) Metz, 29 mai 1818 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3065, 2°).

qui concerne les hypothèques et la transcription. Le conservateur des hypothèques ne peut transcrire que les actes authentiques, mais la loi assimile aux actes notariés les actes sous seing privé *reconnus devant notaires* ou *en justice* (art. 2). De même l'article 76 dispose que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique, et il ajoute : ou par acte sous seing privé *reconnu en justice ou devant notaire*. Ainsi la loi ne se contente pas d'un simple *acte de dépôt*, elle exige un *acte de reconnaissance*, c'est-à-dire un acte par lequel les parties reconnaissent et constatent, par conséquent, les diverses clauses contenues dans l'acte sous seing privé; tandis que l'acte de dépôt constate seulement que les parties ont déposé chez un notaire un écrit sous seing privé. On conçoit que l'acte de reconnaissance équivaille à un acte authentique, car le notaire constate que les parties ont reconnu devant lui l'écriture et la signature de l'acte sous seing privé, en mentionnant en même temps l'objet et les clauses de l'acte, car la loi ne dit pas que la reconnaissance se borne à l'écriture. L'acte de dépôt, au contraire, ne constate que le fait matériel du dépôt, et, comme le mot l'indique, le seul but des déposants ainsi que de tout dépôt, c'est la garde de la chose ; le seul effet juridique que produise le dépôt, en ce qui concerne la force probante, c'est de lui donner date certaine, le notaire devant constater la date à laquelle l'acte a été déposé entre ses mains.

Il a été jugé en ce sens que le seul effet du dépôt de l'acte sous seing privé est de donner à cet acte une date certaine et d'assurer sa conservation (2). Toutefois l'opinion contraire est plus généralement suivie. On pose en principe que l'acte sous seing privé revêt d'une manière absolue le caractère d'acte authentique lorsqu'il est déposé dans l'étude d'un notaire par toutes les parties qui l'ont signé, et que le dépôt en est régulièrement constaté (3). Sur quoi ce principe est-il basé? Est-ce sur la tradition?

(1) Favard, *Répertoire*, au mot *Acte notarié*, § 1.
(2) Metz, 24 mars 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3228).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 360 et note 8, § 755.

Pothier enseigne que « les actes sous signature privée deviennent munis de l'autorité publique et produisent hypothèque du jour de la *reconnaissance* qui en est faite par-devant notaire par le débiteur, ou du jour que la reconnaissance en est prononcée par le juge (1). » C'est le principe formulé par la loi hypothécaire belge. Les auteurs ne sont pas aussi unanimes qu'on le prétend, et il en est de même des arrêts, qui disent parfois le contraire de ce qu'on leur fait dire. La vérité est que la doctrine est indécise, ainsi que la jurisprudence. Toullier commence par dire que *dans nos usages* les actes sous seing privé déposés chez un notaire pour être annexés à ses minutes, deviennent authentiques par l'acte de dépôt qui en est rédigé, *pourvu que la reconnaissance en ait été faite*, au moment du dépôt, par ceux contre lesquels ils font preuve. C'est le principe de Pothier et le nôtre. Mais l'application que Toullier fait de ce principe prouve qu'il entend par *reconnaissance* une simple déclaration que l'acte émane des déposants. Il cite la déclaration du testateur qui teste dans la forme mystique, que le papier, même non signé ni écrit par lui, contient ses dernières volontés ; cette déclaration, d'après lui, fait la même foi que le testament authentique. Nous avons enseigné le contraire ; en tout cas, ce n'est pas là une reconnaissance telle que nous l'entendons. M. Larombière va plus loin et dit que l'acte sous seing privé devient authentique par le dépôt, parce que le dépôt vaut reconnaissance d'écriture et de signature (2). Suffit-il qu'un écrit sous seing privé soit reconnu par celui à qui on l'oppose, pour devenir authentique? Non, certes ; l'acte reste une écriture privée ; seulement, à certains égards, il fait la même foi que l'acte authentique. Or, pour le moment, il ne s'agit pas encore de la foi due à l'acte, il s'agit de savoir si une écriture privée devient authentique par cela seul qu'elle est déposée en l'étude d'un notaire.

Il y a des arrêts qui décident que l'acte de dépôt im-

(1) Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 13.
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 189, n° 200. Larombière, t. IV, p. 229, n° 40 de l'article 1317 (Ed. B., t. II, p. 497).

prime l'authenticité à l'écrit sous seing privé (1), mais on ne sait ce qu'ils entendent par dépôt; est-ce un simple dépôt ou est-ce une reconnaissance? On l'ignore. Nous croyons inutile d'entrer dans la discussion de ces arrêts; la chose serait difficile, car ils ne sont pas motivés; il y en a qui sont des décisions d'espèce et non de principe (2).

115. Dans quelle langue les actes authentiques doivent-ils être rédigés? La constitution belge porte (art. 23) que l'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif. En France, les actes notariés doivent être rédigés en français. Il n'y a cependant pas de disposition formelle qui prescrive cette condition sous peine de nullité. Mais la cour de cassation a jugé que « la peine de nullité est une sanction nécessaire de la règle et s'attache d'elle-même à l'infraction, parce qu'il s'agit d'un principe essentiel et de droit public qui importe à un haut degré à la bonne administration de la justice (3). »

§ II. *Des actes nuls comme authentiques.*

N° 1. PRINCIPE.

116. L'article 1318 porte : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. » Quand un acte ne réunit pas les conditions prescrites par la loi pour l'authenticité, il est nul comme authentique. Peut-il valoir comme acte sous seing privé? Il y a un motif de douter; les parties ont voulu faire, non un acte sous seing privé, mais un acte authentique; ce qu'elles ont voulu est nul : comment l'acte vaudrait-il comme écriture privée alors que les parties n'ont pas voulu faire un acte pareil? La loi n'admet

(1) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, n°s 3231-3235.
(2) Caen, 22 juin 1824 (Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 1246). Rejet, 7 novembre 1843 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 2583).
(3) Rejet, 4 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 453). En sens contraire, Rejet, 1er mars 1830 (Dalloz, au mot *Arbitrage*, n° 1306).

pas cette objection, et avec raison. Ce que les parties ont voulu avant tout, c'est une preuve littérale de leurs conventions ; et si elles avaient prévu que l'acte fût nul comme authentique, elles auraient certainement déclaré que leur intention est qu'il vaille comme écriture privée. L'article 1318 répond donc à l'intention tacite des parties contractantes. Reste à savoir si cette transformation de l'acte, nul comme authentique, en acte sous seing privé est possible. Nous dirons plus loin que la seule condition exigée par la loi pour la validité des écrits privés en général est la signature. Si donc l'acte nul comme authentique est signé, rien n'empêche qu'il vaille comme écriture privée.

117. Il y a contre cette théorie une objection qui, au premier abord, paraît décisive. La loi ne prescrit pas de formes pour la validité des actes sous seing privé; cela est vrai. Mais il y a des exceptions, et ces exceptions comprennent les conventions les plus usuelles, les contrats synallagmatiques et les promesses de sommes d'argent. Or, quand il s'agit de ces conventions, la loi ne se contente pas de la signature, elle veut pour les contrats synallagmatiques que l'acte soit fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits (art. 1325). Quant aux billets contenant la promesse d'une somme d'argent, ils doivent être écrits en entier de la main de celui qui les souscrit, ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme due (art. 1326). Comment concilier ces conditions avec la disposition de l'article 1318? Il est évident que les parties qui s'adressent à un notaire pour faire dresser un acte authentique de leurs conventions ne songent pas à remplir les formalités des articles 1325 et 1326; ces formalités sont même, à certains égards, inconciliables avec celles que la loi de ventôse prescrit pour les actes notariés. Le notaire ne rédige pas autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, il ne dresse qu'un original qui est la minute, minute qui reste dans ses

mains; les parties ne reçoivent que des expéditions; l'acte ne peut donc pas contenir la mention qu'il a été fait en double. De même ce n'est pas le signataire de l'acte unilatéral qui l'écrit en entier de sa main, c'est le notaire ou le clerc qui l'écrit; dès lors le *bon* ou l'*approuvé* n'a plus de raison d'être. Il y a plus; bien des parties contractantes sont illettrées, et c'est parce qu'elles ne savent pas écrire qu'elles ont recours à un notaire; si l'on exigeait pour les actes authentiques, nuls comme tels, les mêmes formes que pour les actes sous seing privé, ceux qui ne savent ni écrire ni signer, ou ceux qui par accident ne le peuvent pas, seraient dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. On voit la gravité de l'objection qui résulte de ce conflit de formalités diverses; les parties veulent avoir une preuve authentique de leurs conventions; il se trouve que l'acte est nul comme authentique, et il est nul aussi comme écriture privée, si l'on applique les articles 1325 et 1326. En résultera-t-il qu'il n'y aura aucune preuve littérale, ni authentique ni privée?

Non, le texte et l'esprit de la loi répondent à l'objection. Les articles 1325 et 1326 reçoivent leur application lorsque les parties veulent dresser un acte sous seing privé de leurs conventions; ils sont inapplicables quand les parties s'adressent à un notaire pour avoir un acte authentique; dans ce cas, on applique l'article 1318; or, cet article n'exige qu'une condition pour que l'acte nul comme authentique vaille comme écriture privée, c'est la signature des parties. Reste à savoir pourquoi la loi se contente de la signature dans le cas prévu par l'article 1318, alors qu'il s'agit d'une convention bilatérale ou d'une promesse d'argent, bien que les articles 1325 et 1326 exigent, outre la signature, d'autres formalités. C'est que ces formalités n'ont plus de raison d'être quand l'acte est reçu par un officier public. Si la loi exige un double et la mention du double pour les contrats bilatéraux, c'est parce que chacune des parties doit avoir une preuve de l'obligation contractée à son égard et que leur position, sous ce rapport, doit être égale. Or, quand les parties font dresser un acte authentique, la minute de l'acte est

déposée parmi les minutes du notaire ; elle y reste déposée quand même l'acte serait nul ; les parties peuvent toujours s'en procurer une expédition et en demander la représentation ; il n'y a donc aucune raison pour exiger un double ni la mention du double. De même quand le débiteur signe une promesse d'argent, l'écriture de l'acte par le signataire et le bon ou l'approuvé sont inutiles, parce qu'il n'y a pas de surprise à craindre ; les parties ne signent pas en blanc, elles ne signent pas sans lire, puisqu'elles ne signent qu'après que l'acte est dressé et que lecture est faite.

La loi a donc pu, sans inconséquence, se contenter de la simple signature des parties, quand l'acte nul comme authentique est transformé en écriture privée, et elle a dû s'en contenter sous peine de rendre la disposition de l'article 1318 illusoire, disons plus, dérisoire. Un écrit ne peut pas tout ensemble être rédigé dans la forme authentique et dans la forme prescrite par les articles 1325 et 1326 pour les écritures privées. Si donc l'article 1318 entendait que l'acte nul comme authentique ne vaudrait comme écriture privée que sous la condition que les parties remplissent les formalités de ces articles, la loi dirait une chose absurde ; et elle serait encore absurde dans ses conséquences, car elle ne recevrait jamais d'application. Que si les parties avaient songé à remplir simultanément les formes de l'acte authentique et celles de l'acte sous seing privé, et si le notaire s'était prêté à cet amalgame, l'article 1318 consacrerait encore un non-sens ; car il aboutirait à dire que l'écrit, rédigé dans les formes des articles 1325 et 1326, vaut comme écriture privée. Il ne faut pas supposer que le législateur dise une pareille niaiserie. Concluons que l'acte nul comme authentique vaut comme écriture privée, par cela seul qu'il est signé des parties, quand même il constaterait une convention bilatérale. Cela a été dit au conseil d'Etat par Tronchet (1) ; la doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Il n'y a que Delvincourt et Zachariæ qui aient émis un avis

(1) Séance du 2 frimaire an XII, n° 11 (Locré, t. VI, p 109).

contraire, et l'on peut dire, sans présomption, qu'ils se sont trompés (1).

118. L'article 1318 dit que l'acte vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties. Il y a une autre condition qui résulte implicitement du texte et de l'esprit de la loi. Il s'agit d'un acte nul comme authentique, donc d'un acte qui a été reçu par un officier public ayant mission de recevoir ledit acte; mais il se trouve que l'acte est nul parce que l'officier public était incompétent à raison du lieu où l'acte a été reçu, ou qu'il était incapable, ou qu'il n'a point rempli les formes prescrites sous peine de nullité. Ainsi l'acte a les apparences d'un acte authentique, parce qu'il porte la signature d'un notaire ayant qualité de recevoir l'acte. On peut dire, en appliquant aux formes ce que nous avons dit des conditions requises pour l'existence des conventions : l'acte existe aux yeux de la loi comme acte authentique, parce qu'il a été reçu par un officier public ayant qualité à cet effet, mais il est entaché d'un vice qui le rend nul; ce vice n'entraînant pas l'inexistence de l'acte, on conçoit qu'il vaille comme écriture privée. Mais si l'acte n'est pas reçu par un officier public ayant mission de le recevoir, l'acte sera inexistant, c'est le néant, et le néant ne peut pas plus valoir comme écriture privée que comme écriture authentique.

Ce principe nous aidera à résoudre les difficultés qui se sont présentées dans l'application. Si l'acte ne porte pas la signature du notaire, ce prétendu acte n'est pas un acte; car on ne peut pas dire qu'il soit reçu par un notaire, c'est la signature du notaire qui atteste que l'acte a été reçu par lui; quand l'acte ne porte pas la signature d'un officier public, il n'y a pas d'acte authentique; on ne peut pas dire qu'il soit nul, il faut dire qu'il n'existe point comme authentique, c'est le néant, et le néant ne peut pas se transformer en acte valable. Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 374, et notes 56 et 57, § 755, et les auteurs qui y sont cités. Il faut ajouter Mourlon, Colmet de Santerre et Larombière. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3785.

(2) Marcadé, t. V, p. 22, n° V de l'article 1318. Paris, 14 août 1815 et

Un acte est rédigé par le clerc du notaire en présence des parties qui signent, mais le notaire n'est pas présent; il signe l'acte hors de la présence des parties et des témoins, et il le dépose parmi ses minutes. Il est certain que cet acte n'est pas authentique : mais peut-on lui appliquer la disposition de l'article 1318? La jurisprudence est divisée; nous n'hésitons pas à répondre négativement. Dans l'espèce, l'acte est reçu par le clerc, il n'est pas reçu par le notaire; donc c'est un acte inexistant comme authentique, partant il faut appliquer le principe que le néant ne peut pas se transformer en un acte sous seing privé; s'il s'agit d'une convention bilatérale, l'acte ne vaudra ni comme authentique, ni comme écriture privée, puisque les formalités de l'article 1325 n'auront pas été remplies (1). Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens, mais il est assez mal rédigé, quoique rendu sur le rapport d'un excellent magistrat, M. Hardoin. « Les parties contractantes, dit la cour, qui n'ont point recours à l'officier public institué par la loi pour imprimer à leurs conventions le cachet de l'authenticité, mais à un individu sans caractère légal, n'*ont pu vouloir attribuer à l'acte que les effets* d'un écrit sous seing privé (2). » Cela n'est pas exact; d'abord il ne s'agit pas de ce que veulent les parties, il s'agit de ce que veut la loi; puis les parties qui se rendent dans l'étude d'un notaire entendent dresser un acte authentique; si elles permettent au clerc de rédiger l'acte, c'est qu'elles supposent que la signature donnée par le notaire après la rédaction de l'acte suffira; si leur intention était de faire un acte sous seing privé, elles auraient rédigé elles-mêmes l'acte. Mais ce qu'elles ont voulu faire, elles ne l'ont pas fait; il n'y a donc ni acte authentique, ni acte sous seing privé.

Un arrêt plus récent de la cour de cassation a décidé la question en sens contraire. La cour de Nancy avait

17 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 3800, 1° et 3802). Riom (ou Nîmes?) 13 juin 1855 (Dalloz, 1856, 2, 233).

(1) Larombière, t. IV, p. 234, n° 4 (Ed. B., t. II, p. 499). Aubry et Rau, t. VI, p. 375, n° 591, § 755.

(2) Rejet, 16 avril 1845 (Dalloz, 1845, 1, 293).

jugé que l'acte reçu par le clerc, signé ensuite par le notaire et mis par lui au rang de ses minutes, était nul comme authentique et qu'il ne pouvait valoir comme acte sous seing privé en vertu de l'article 1318, parce que cet article suppose la présence du notaire et y voit une garantie assez sérieuse pour que quelque chose de probant survive à l'authenticité qui n'existe pas. La cour ajoute, ce qui est très-contestable, que les parties n'ont pas voulu faire d'acte authentique; mauvaise raison empruntée à l'arrêt de la cour de cassation que nous venons de rapporter (1). Sur le pourvoi, la décision a été cassée par de plus mauvaises raisons encore, à notre avis. Il suffit, dit la cour, pour l'application de l'article 1318, que l'acte soit signé par les parties et mis par le notaire au rang de ses minutes; le dépôt de l'acte aux minutes du notaire permet à chacune des parties d'y recourir et d'en user selon ses intérêts; d'où suit que les parties ont la même sécurité que si l'acte avait été fait double (2). Nous disons que la raison qui a décidé la cour est mauvaise; en effet, elle s'appliquerait au cas où le notaire aurait déposé parmi ses minutes un écrit sous seing privé qui lui serait complétement étranger et qui n'aurait pas même l'apparence de l'authenticité; est-ce qu'un acte qui dès le principe n'est rien qu'un acte sous seing privé peut être qualifié d'acte nul comme authentique? Non, certes, cet acte a toujours été un écrit sous seing privé; donc il ne peut s'agir de le transformer en écriture privée. Si l'on admet notre principe, la décision est évidente; l'acte n'existe pas comme authentique, c'est le néant, et la loi ne saurait transformer le néant en acte valable; il faudrait un texte formel pour qu'on pût admettre une anomalie pareille. A vrai dire, la cour de cassation fait la loi en supposant que le dépôt parmi les minutes donne à un acte reçu sans l'intervention du notaire un caractère authentique.

119. Aux termes de l'article 1318, l'acte doit être signé des parties pour valoir comme écriture privée. L'ar-

(1) Nancy, 5 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 45).
(2) Cassation, 27 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 1, 152).

ticle 68 de la loi du 25 ventôse an XI contient une disposition analogue, il exige la signature de *toutes les parties contractantes*. Que faut-il entendre par *parties* ou *parties contractantes?* Sont-ce toutes les personnes qui figurent au contrat? On doit interpréter la loi dans le sens de la condition exigée pour la preuve. L'acte nul comme authentique est transformé en écriture privée; il faut, pour cela, qu'il soit signé. Signé par qui? Par ceux qui contractent une obligation. Un prêt constaté par acte sous seing privé ne doit être signé que par l'emprunteur; l'acte est remis au prêteur, il est parfaitement inutile que celui-ci signe. De même si le prêt est constaté par un acte authentique, nul comme tel, il suffit de la signature de l'emprunteur. Il y a, sous ce rapport, une différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé; l'acte notarié serait nul à défaut de signature de l'une des parties qui comparaissent devant le notaire. On ne peut pas en dire autant de l'acte sous seing privé; la loi ne prescrit pas même la signature; si la doctrine et la jurisprudence l'exigent, c'est que la signature est de la substance de l'acte, mais elle n'est substantielle que pour constater l'obligation du débiteur(1).

La cour de cassation a appliqué ce principe à l'espèce suivante. Deux époux vendent un immeuble, la femme figure dans l'acte comme covenderesse. Il se trouve que l'acte est nul comme authentique : vaut-il comme écriture privée? Cela dépend du rôle que la femme joue dans l'acte. Si elle est copropriétaire, il est certain qu'elle devra signer, puisqu'elle est partie obligée au même titre que le mari. Mais, dans l'espèce jugée par la cour de cassation, l'immeuble appartenait en propre au mari; la femme ne figurait que comme garantissant solidairement la vente. L'acte constatait donc deux faits juridiques, la vente à laquelle la femme était étrangère et la garantie solidaire de la femme. Elle ne devait pas signer comme venderesse, puisque en réalité elle ne l'était point. La signature du mari suffisait donc pour la validité de l'acte considéré

(1) Duranton, t. XIII, p. 59, n° 73. Colmet de Santerre, t. V, p. 531, n° 280 *bis* IV.

comme vente. Mais l'acte ne prouvait pas la garantie solidaire de la femme, puisqu'il ne portait pas sa signature (1).

120. L'une des parties obligées ne signe point, mais le notaire a déclaré qu'elle ne savait ou ne pouvait signer. Cette déclaration équivaut-elle à la signature dans le cas de l'article 1318? Lorsque l'acte est valable comme authentique, la déclaration du notaire tient lieu de la signature. C'est un des avantages attachés à l'acte notarié; cela permet aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer de se procurer une preuve littérale. Mais l'acte nul comme authentique ne peut plus jouir du privilége de l'authenticité; il faut donc décider, sans hésiter, que la nullité de l'acte comme authentique entraîne la nullité de la déclaration du notaire; l'acte ne peut valoir que comme écriture privée et à condition d'être signé, c'est-à-dire de porter la signature réelle des parties (2).

121. Que faut-il décider si toutes les parties obligées n'ont pas signé? Un premier point est certain, c'est que l'acte nul comme authentique ne pourra pas valoir comme écriture privée. Il n'y aura donc pas de preuve littérale. L'écrit irrégulier pourra-t-il valoir comme commencement de preuve par écrit? Nous examinerons la question en traitant de la preuve testimoniale.

De ce qu'il n'y a pas de preuve littérale, faut-il conclure que la convention est nulle ou inexistante? Non, évidemment. Ici le mot d'*évidence* n'est pas hasardé. Dans les contrats non solennels, l'acte ne sert que de preuve; d'où suit que la nullité de l'écrit qui devait servir de preuve n'a aucune influence sur la validité de la convention. La convention sera valable ou nulle, selon qu'elle réunira ou non les conditions prescrites pour la validité des conventions. Si la convention ne peut se prouver par l'acte nul comme authentique et comme écriture privée, la partie intéressée sera admise à en faire la preuve par témoins,

(1) Rejet, 26 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 101). Dans le même sens, Colmar, 12 décembre 1821 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3785).

(2) Toullier, t. IV, 2, p. 132, n° 135. Marcadé, t. V, p. 17, n° 3 de l'article 1318.

s'il y a lieu, par l'aveu du débiteur ou par le serment.

Nous supposons que la convention était parfaite lorsque l'acte a été rédigé. Il se peut que la convention soit restée à l'état de projet et que l'écrit ne constate qu'un projet ; au moment où l'on allait conclure, l'une des parties refuse de signer. Par suite de ce refus la convention ne peut pas se former, faute de consentement. Le contrat sera donc inexistant, non parce que l'acte ne porte pas de signature, mais parce que l'une des parties a refusé de consentir. Quand donc un acte n'est pas signé, il faut voir s'il y a refus de signer, ou omission, oubli, négligence. Le refus de signer équivaut au refus de consentir ; dans ce cas, il n'y a pas de convention, parce qu'il n'y a point de consentement. S'il y a eu concours de consentement, la convention sera parfaite, mais elle ne pourra être prouvée par l'acte, puisqu'il est nul et comme acte authentique et comme acte sous seing privé. Nous ne faisons que résumer ici ce que nous avons dit ailleurs (1).

Il suit de là que l'acte ne pourra pas même être invoqué contre ceux qui l'ont signé, à moins que ce ne soit à titre de commencement de preuve par écrit ; ce que nous examinerons plus loin. Faut-il admettre cette décision lorsque les parties qui auraient dû signer sont débiteurs solidaires ? La question est controversée. A notre avis, il n'y a aucun doute. Il s'agit d'une question de preuve. Or, d'après l'article 1318, l'acte nul comme authentique vaut comme écriture privée *s'il est signé des parties* ou, comme le dit la loi de ventôse (art. 68), de *toutes les parties contractantes*. S'il n'est pas signé de toutes les parties, il ne vaut pas comme écriture privée ; donc il n'a aucune force probante, pas plus contre les signataires que contre ceux qui n'ont pas signé. La convention peut néanmoins être valable si le défaut de signature n'implique pas un refus de traiter, mais la preuve n'en pourra pas se faire par acte, puisqu'il n'y a point d'acte (2).

(1) Larombière, t. IV, p. 237, n° 9 et p. 244, n° 149 de l'article 1318 (Ed. B., t. II, p. 500 et p. 503). Rejet, 27 mars 1812 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3619).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 376, note 62, § 755. Larombière, t. IV, p. 239, n° 6 de l'article 1318 (Ed. B., t. II, p. 500).

Duranton professe l'opinion contraire, mais il confond l'obligation solidaire avec la preuve de la convention. Une vente est faite au profit de plusieurs personnes qui s'obligent solidairement au payement du prix; quelques-unes signent et demandent l'exécution de la vente; le vendeur ne peut s'y refuser, dit Duranton, parce qu'il n'y a aucun intérêt, vu que chacun des signataires est tenu de toute la dette (1). Nous répondons qu'il ne s'agit pas de l'effet de la solidarité, question d'obligation, il s'agit de la preuve de la vente : un acte qui n'est ni authentique ni privé peut-il être invoqué pour prouver la vente? Non, pas plus contre les signataires que contre les non-signataires; qu'importe la signature de quelques parties, alors qu'il n'y a point d'acte? Si les non-signataires ont refusé de signer, en ce sens qu'ils ne voulaient point traiter, il n'y a pas de convention, parce qu'il n'y a pas concours de consentement. Qu'importe encore une fois la signature de quelques-uns des acheteurs, puisqu'il n'y a point de vente?

Toullier, qui a si bien distingué, en théorie, la convention de la preuve, confond également, dans l'espèce, l'imperfection de l'acte avec l'imperfection de la convention. *L'acte* serait nul, dit-il, par le défaut de signature de l'un des obligés solidaires, quand même il s'agirait d'un mari et d'une femme solidairement obligés. Il serait nul par défaut de *lien*, car le créancier a voulu avoir deux ou plusieurs obligés solidaires. Cela est très-juste quand il s'agit de la validité du contrat; mais il ne s'agit ici que de la validité de l'écrit; il faut donc laisser de côté tout ce qui concerne le *lien*, car le défaut de signature n'implique pas le défaut d'obligation. Après cela, Toullier dit que le créancier pourrait demander l'*exécution du contrat* contre l'un des débiteurs solidaires, quoique les autres ne l'eussent pas signé; car, bien qu'*en contractant* il ait voulu avoir deux ou plusieurs débiteurs solidaires, il était libre de se contenter d'un seul (2). Toute cette argu-

(1) Duranton, t. XIII, 1, p. 59, n° 72.
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 133, n° 135 et 136.

mentation se rapporte au *lien d'obligation* que le *contrat* crée entre le créancier et les débiteurs, tandis que la question de *signature* concerne uniquement la preuve et la validité de l'*acte*. Nous n'insistons pas sur la contradiction qui existe entre les deux décisions de Toullier; Marcadé dit que l'erreur est évidente (1). La confusion, du moins, entre la *convention* et l'*acte* est certaine, et nous dirons plus loin que Marcadé est coupable de la même erreur.

122. La jurisprudence est tout aussi confuse que la doctrine. Dans une espèce jugée, sur renvoi, par la cour de Paris, une acquisition avait été faite par le mari et la femme comme acheteurs solidaires; la femme était décédée sans avoir signé l'acte. Le *contrat*, d'ailleurs, dit l'arrêt, non daté, était demeuré *imparfait*. Ainsi de ce que l'*acte* est *imparfait*, comme n'étant ni *signé* ni *daté*, la cour conclut que le *contrat* est *imparfait*. L'arrêt continue dans le même ordre d'idées, en disant que le mari n'avait entendu *acquérir* que *conjointement* avec sa femme, et en s'aidant de ses moyens; de son côté, le vendeur qui ne pouvait être obligé à exécuter le *contrat*, ne pouvait, par la même raison, obliger un seul des acquéreurs à son exécution (2). Cela est évident si le *contrat* est *imparfait;* mais nous répétons, parce qu'on ne saurait trop le répéter, que l'*imperfection* de l'*acte* n'a rien de commun avec l'*imperfection* de la *convention*. L'arrêt de cassation qui est intervenu dans cette affaire verse dans la même erreur, elle y est même formulée comme principe. « Au défaut de l'aveu des parties, dit la cour, les tribunaux ne peuvent considérer comme *valable* la *vente* d'une chose excédant la valeur de 150 francs que lorsqu'il en a été dressé *acte par écrit* (3). » Voilà l'*acte* qui devient une condition requise pour la *validité* de la *convention*, alors que l'*acte* ne sert que de *preuve* dans les contrats non solennels. Sans doute, quand les parties intéressées ne parviennent pas à prouver l'existence du contrat, les tribu-

(1) Marcadé, t. V, p. 18, n° IV de l'article 1318.
(2) Paris, 24 juillet 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3811).
(3) Cassation, 1er décembre 1819 (Dalloz, n° 3811, p. 810).

naux n'en peuvent ordonner l'exécution; est-ce à dire qu'à défaut d'*aveu*, il n'y a pas de contrat? est-ce que, dans l'espèce, l'acheteur n'aurait pas pu déférer le serment au vendeur? Et quand même, il n'y aurait eu aucune preuve, la cour n'aurait pas dû décider qu'à défaut de preuve, le contrat n'est pas valable, elle aurait dû dire que les juges ne peuvent pas ordonner l'exécution d'un contrat dont l'existence n'est pas établie.

Quand le défaut de signature de l'un des acquéreurs vient d'un refus de traiter, alors il est certain qu'il n'y a pas de contrat. La cour de cassation a raison de dire que la signature de quelques-uns des adjudicataires ne peut être invoquée comme preuve d'une vente à deux, alors que les parties ne voulaient traiter qu'à cinq; qu'une vente à deux est un autre contrat exigeant un nouveau concours de consentement et une nouvelle preuve (1). Mais quand il n'y a pas refus de traiter, on ne peut pas induire la non-existence de la convention du défaut de signature; tout ce qui en résulte, c'est que l'acte est irrégulier et ne peut servir de preuve (2).

N° 2. A QUELS ACTES S'APPLIQUE L'ARTICLE 1318.

123. L'article 1318 porte que l'acte qui n'est point authentique par l'*incompétence* de l'officier vaut comme écriture privée s'il est signé des parties. De quelle incompétence est-il question dans l'article 1318? Il faut combiner cette disposition avec celle de l'article 1317. La seule incompétence que le code ainsi que la loi de ventôse prévoient est celle qui résulte du *lieu* où l'acte est passé, c'est-à-dire que le notaire a reçu l'acte dans un lieu où il n'avait pas le droit d'instrumenter; cet acte est nul, mais il peut valoir comme écriture privée, parce qu'il a été reçu par un officier public; il existe donc, quoiqu'il soit vicié, ce qui suffit pour qu'il puisse être transformé en acte sous seing privé. Mais si l'offi-

(1) Rejet, 26 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3809, 2°).
(2) Comparez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 3809.

cier était incompétent à raison de la nature de la convention, l'acte serait sans valeur aucune; un acte de vente reçu par un huissier ou un bourgmestre ne serait pas un acte; donc il ne peut produire aucun effet (n° 112). La loi ne le dit pas, mais cela résulte de la définition que l'article 1317 donne de l'acte authentique; la condition essentielle exigée par la loi est qu'il soit reçu par un officier public; or, un officier public incompétent n'ayant pas qualité de recevoir l'acte n'est pas un officier public, donc il n'y a pas d'acte et partant l'article 1318 est inapplicable, car cet article suppose qu'il existe un acte (1).

124. L'article 1318 s'applique, en second lieu, aux actes qui ne sont point authentiques par l'incapacité de l'officier. Dans quels cas l'officier est-il incapable? Si l'on suppose qu'un acte est reçu par une personne qui n'avait pas la qualité d'officier public, il faut dire que cet acte n'a aucune existence aux yeux de la loi, ce qui rend l'article 1318 inapplicable, sauf à valider les actes en vertu de l'erreur commune, dans l'opinion générale qui admet cette doctrine. L'article 1318 suppose une incapacité qui rend seulement l'acte nul : tel serait le cas où le notaire est parent ou allié de l'une des parties au degré prohibé par la loi. La cour de cassation l'a jugé ainsi en invoquant l'article 68 de la loi de ventôse qui contient la même disposition que l'article 1318; or, l'article 68 vise l'article 8 qui établit l'incapacité relative du notaire pour cause de parenté ou d'alliance : ce qui est décisif (2).

125. Que faut-il décider si le notaire lui-même est partie intéressée? Les auteurs enseignent que le notaire qui a reçu un acte constatant une convention dans laquelle il était personnellement intéressé ou contenant en sa faveur des énonciations ou stipulations quelconques ne peut se prévaloir de la disposition de l'article 1318 (3). La jurisprudence est divisée et, à notre avis, il y a doute.

La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion la

(1) Duranton, t. XIII, p. 58, n° 71 et p. 61, n° 74, et tous les auteurs.
(2) Rejet, 26 janvier 1871 (Dalloz, 1871, 1, 101).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 375 et note 60, § 755. Larombière, t. IV, p. 235, n° 5 de l'article 1318 (Ed. B., t. II, p. 499).

plus sévère, et nous sommes tenté de la préférer, parce qu'elle est la plus morale. Les notaires, dit la cour, sont établis par la loi pour recevoir les contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité; ils ont par cela même pour mission d'être les conseils désintéressés des personnes qui ont besoin de leur ministère et ils doivent être les rédacteurs impartiaux de leurs volontés, chargés de faire connaître aux parties toute l'étendue des obligations qu'elles contractent. Ces devoirs constituent une incompatibilité absolue entre les fonctions notariales et la qualité de partie aux actes que ces officiers sont appelés à recevoir. Par cela seul qu'ils sont notaires, la loi les rend incapables de faire des actes pour eux-mêmes et frappe d'une nullité d'ordre public ceux qu'ils auraient faits en contradiction avec le principe de leur institution. Le motif que la cour invoque est évident, en théorie. Mais est-il fondé sur un texte? Ici est le doute. L'arrêt cite l'article 68 de la loi de ventôse et l'article 1318. La loi maintient l'acte nul comme authentique en lui laissant la force d'une écriture privée, mais le texte ne parle que des *parties contractantes* dont l'acte porte les signatures; peut-on dire que la signature du notaire est celle d'une partie contractante? Non, car s'il signe l'acte, c'est en qualité d'officier public; or, cette signature qui n'a été donnée que pour rendre l'acte solennel est nécessairement annulée avec le caractère authentique de l'acte. La cour invoque encore la disposition de la loi de ventôse qui réserve aux parties une action en dommages-intérêts contre le notaire; n'en faut-il pas induire plutôt que la loi a eu en vue, non l'intérêt du notaire, mais exclusivement celui des parties qui comparaissent devant lui (1)?

Un arrêt plus récent dit que la loi ne reconnaît plus au notaire le caractère de fonctionnaire public ayant mission d'imprimer l'authenticité aux actes qu'il reçoit, lorsque ces actes contiennent des dispositions en sa faveur (2).

(1) Cassation, 15 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 211 et 213, 2 arrêts).
(2) Rejet, 29 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 1, 465).

Quelle est la loi qui dit cela? La cour cite l'article 8 de la loi de ventôse. Or, il se trouve que cet article ne contient pas même une disposition formelle qui interdise au notaire de recevoir des actes dans lesquels il est partie; on est obligé de recourir à un argument *à fortiori* pour en induire l'incapacité du notaire. Donc pas de texte qui prononce la nullité; partant l'article 1318 aussi ne saurait être invoqué, puisqu'il suppose un acte nul comme authentique. Il ne faut donc pas invoquer la loi, il n'y en a pas. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le notaire n'est plus notaire quand il est partie; il ne faut pas de loi pour déclarer que le notaire ne peut pas comparaître devant lui-même; de là on peut conclure que l'acte est inexistant, parce qu'il n'y a plus d'officier public; il n'y a que des parties contractantes, ce qui exclut l'application de l'article 1318 (1).

126. Le notaire est encore incapable lorsqu'il est suspendu; à partir du moment où la suspension lui est notifiée, il ne peut plus instrumenter. A plus forte raison est-il incapable lorsqu'il est destitué. S'il passe des actes après que sa destitution ou sa suspension lui ont été notifiées, les parties contractantes pourront-elles invoquer le bénéfice de l'article 1318? Si la question pouvait être décidée d'après les principes, il faudrait répondre négativement et sans hésiter. Le notaire suspendu ou destitué n'est plus un fonctionnaire public, c'est un particulier; donc les actes qu'il reçoit n'ont plus aucune apparence d'authenticité, pas plus que si un particulier les avait reçus; l'article 1318 est donc inapplicable, car il suppose que l'acte .est l'œuvre d'un officier public; si l'acte est inexistant comme acte authentique, cet acte n'existe point, et ce qui n'existe pas ne peut produire aucun effet.

L'opinion contraire est enseignée (2); elle résulte du

(1) Comparez deux arrêts de la cour d'Orléans, 31 mai 1845 et 5 mai 1849 (Dalloz, 1849, 2, 100 et 115). Il y a des arrêts en sens contraire (Dalloz, n° 3791). La cour de Douai qui s'était prononcée en ce sens, 10 février 1851 (Dalloz, 1851, 2, 61) s'est rangée à l'avis de la cour de cassation, 11 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 5, 218).

(2) Duranton, t. XIII, p. 63, n° 76. Mourlon, t. II, p. 810, n° 1538.

texte de la loi du 25 ventôse an XI. L'article 68 de cette loi porte que tout acte fait en contravention aux dispositions des articles qui y sont cités est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties, et que lorsqu'il est signé par toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écriture sous signature privée. Parmi les articles visés par l'article 68 se trouve l'article 52 qui est ainsi conçu : « Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé devra, aussitôt après la notification qui lui aura été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser l'exercice de son état. » Ce renvoi suppose qu'au mépris de la loi qui lui défend d'instrumenter, le notaire suspendu ou destitué a reçu des actes; ces actes sont nuls, mais ils jouissent du bénéfice de l'article 68, et, par conséquent, l'article 1318 est applicable. C'est une dérogation à la rigueur des principes; elle se justifie par l'intérêt des parties contractantes; celles-ci peuvent ignorer la suspension ou la destitution du notaire, et voyant celui-ci continuer ses affaires, elles peuvent de très-bonne foi s'adresser à lui, comme s'il était encore dans l'exercice de ses fonctions. Toutefois, il faut remarquer que la loi ne fait pas de la bonne foi des parties contractantes une condition requise pour l'application de l'article 1318; l'acte serait donc valable comme écriture privée, quand même les parties connaîtraient la suspension ou la destitution du notaire, ce qui est peu logique, mais telle est la loi (1).

127. L'acte qui n'est point authentique par un défaut de forme vaut aussi comme écriture privée s'il a été signé des parties. C'est l'application la plus usuelle que reçoit l'article 1318. Elle suppose qu'il s'agit d'un contrat non solennel. Si l'acte nul comme authentique contient une donation, un contrat de mariage ou une hypothèque, l'article 1318 est inapplicable, parce que dans ces contrats la forme authentique est substantielle, les actes ne peuvent pas valoir comme écritures privées, parce que les contrats solennels exigent l'authenticité pour leur existence.

(1) Comparez Marcadé, t. V, p. 21, n° V de l'article 1318.

Cela est de jurisprudence, et il ne saurait y avoir aucun doute (1) ; ceux-là mêmes qui rejettent la théorie des actes inexistants admettent que la donation ne peut valoir quand elle est constatée par un acte sous seing privé, ce qui suffit pour décider notre question. Il en est de même du contrat de mariage et de l'hypothèque.

L'article 1318 s'applique à tous les contrats non solennels, quels que soient les vices de forme qui rendent l'acte nul. Il a été jugé que l'acte nul pour défaut de date vaut comme écriture privée quand il est signé des parties (2). La loi n'exige pas que les actes sous seing privé soient datés ; rien n'empêche donc que les actes nuls pour défaut de date ne vaillent comme actes sous seing privé. Il en serait de même si la date était erronée. La cour d'Orléans l'a décidé ainsi ; nous citons les termes de l'arrêt parce qu'on y trouve l'éternelle confusion de la convention et de la preuve. « L'*acte*, dit la cour, étant signé de toutes les parties, vaudrait comme écriture privée et n'*en laisserait pas moins subsister le lien de droit* (3). » Non, quoique signé, l'acte ne prouve pas qu'il y a *lien de droit*, car la convention peut être nulle, quoique l'acte soit valable ; il ne fallait donc pas parler du *lien de droit*, la validité de la convention n'étant pas en cause.

128. L'article 1318 dit que l'acte vaut comme *écriture privée*. Il faut donc appliquer les principes qui régissent la foi due aux actes sous seing privé ; or, d'après l'article 1322, l'acte sous seing privé ne fait foi que lorsqu'il est reconnu ou vérifié. Dans l'espèce, c'est la signature qui doit être reconnue ou vérifiée en justice ; quant à l'écriture, elle n'émane pas de celui à qui l'acte est opposé, puisque c'est l'œuvre du notaire ou de son clerc. On pourrait croire que la signature n'a pas besoin d'être reconnue, puisqu'elle se trouve sur un acte authentique· mais l'acte n'est plus authentique, donc la signature ne peut jouir du privilége de l'authenticité, ce n'est qu'une

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3782.
(2) La Haye, 7 juillet 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 420).
(3) Orléans, 18 décembre 1857 (Dalloz 1859, 2, 127).

signature privée et soumise comme telle à l'art. 1322 (1).

129. Si l'acte n'est pas signé, ou si la signature n'est pas reconnue, ni légalement tenue pour reconnue, il n'y a plus d'acte ni sous seing privé ni authentique. La convention sera-t-elle nulle? Non, à moins que les parties, par une clause expresse, n'aient subordonné l'existence de la convention à la validité de l'acte (n° 98) (2). Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut.

§ III. *De la force probante des actes authentiques.*

N° 1. NOTIONS GÉNÉRALES.

130. Pothier dit que l'acte authentique fait foi par lui-même, il n'est sujet à aucune reconnaissance; tandis que l'acte sous seing privé doit être reconnu ou, à défaut de reconnaissance, vérifié en justice (3). Le code consacre implicitement le principe; il prescrit la reconnaissance de l'acte sous seing privé, il ne l'exige pas pour l'acte authentique. C'est une différence capitale entre les deux catégories d'actes : quelle en est la raison? On dit d'ordinaire que l'acte authentique est l'œuvre d'un fonctionnaire public, tandis que les écritures privées sont dressées par des particuliers sans caractère ni mission. La réponse n'est pas satisfaisante. Sans doute, s'il était certain que la signature qui se trouve au bas de l'acte est celle du notaire devant lequel les parties ont comparu, cet acte devrait faire foi sans reconnaissance aucune, car il serait absurde d'exiger la reconnaissance de ce qui est certain et de ce qui n'a pas besoin d'être reconnu. Mais qu'est-ce qui atteste que la signature soit celle du notaire qui déclare dans l'acte avoir instrumenté? Il porte son sceau, c'est déjà une espèce de garantie, mais elle n'équivaut pas à la reconnaissance; un faussaire peut s'emparer du sceau, il peut le contrefaire. Il en est de même de la légalisation, c'est une garantie, mais elle est loin d'être décisive.

(1) La Haye, 7 juillet 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 420).
(2) Duranton, t. XIII, p. 66, n° 78.
(3) Pothier, *Des obligations*, n° 742.

Si la loi ne prescrit pas la reconnaissance de la signature que porte un acte, authentique en apparence, la raison en est que l'apparence, dans l'espèce, offre une garantie suffisante. Pour que l'acte, authentique en apparence, ne le soit pas, il faut supposer un faux; or, les faux sont une rare exception, on peut donc admettre comme règle que l'acte, authentique en apparence, l'est en réalité. La doctrine contraire aurait énervé l'autorité qui s'attache aux actes notariés. Si les parties étaient obligées de faire reconnaître ou vérifier la signature du notaire, elles n'auraient plus aucun intérêt à s'adresser à un notaire, car l'acte sous seing privé reconnu a la même foi que l'acte authentique. Si donc le législateur veut que les parties constatent leurs conventions par acte authentique, il doit les dispenser des formalités gênantes et coûteuses de la reconnaissance et de la vérification (1).

131. De là l'adage qui dit que *provision est due au titre*. Cela veut dire que le juge doit respecter le titre authentique et prêter mainforte à l'exécution (2). Régulièrement l'exécution de l'acte authentique ne peut être suspendue, comme nous le dirons plus loin, que par l'inscription en faux (art. 1319). Toutefois il a été jugé que la maxime d'après laquelle *provision est due au titre* n'est pas absolue. Si le créancier a un titre authentique, le débiteur doit être condamné tant qu'il n'aura pas détruit la foi due au titre. Mais si, de son côté, le débiteur produit des titres également authentiques, le juge se trouve dans l'impossibilité de donner provision au titre du demandeur, car il porterait atteinte au titre du défendeur; le juge doit alors prendre connaissance des prétentions des parties, ce qui revient à dire que provisoirement le titre du créancier ne sera pas exécuté (3). Mais cela n'est admissible que s'il y a conflit de titres contradictoires. Hors ce cas, il faut appliquer les principes qui régissent l'inscription en faux.

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 66, nos 56 et 57. Mourlon, t. II, p. 802, no 1523. Colmet de Santerre, t. V, p. 533, nos 282 *bis* II et III.
(2) Paris, 24 août 1872 (Dalloz, 1874, 5, 401 et suiv.).
(3) Bruxelles, 18 mars 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 25), et Rejet, 5 février 1853 (*ibid.*, 1853, 1, 54).

132. Aux termes de l'article 1319, l'acte authentique fait pleine foi de la *convention* qu'il renferme. Cela est trop vague et trop absolu. La question est de savoir de quoi l'acte authentique fait foi. Fait-il foi de tout ce qui y est écrit? Non. Si l'acte authentique fait foi, c'est parce qu'un officier public y intervient; il faut donc voir si la mission de l'officier public est indéfinie, illimitée. Elle est, au contraire, limitée, en ce qui concerne les notaires, aux faits juridiques que les parties doivent ou veulent constater dans la forme authentique. Tout ce qui n'est pas fait juridique est en dehors de la mission du notaire. Si un notaire, sur la réquisition d'un particulier, constatait, dans les formes prescrites par la loi de ventôse, un fait non juridique, l'acte qu'il dresserait ne ferait pas foi comme authentique. Cela est d'évidence. Toullier rappelle, à ce sujet, les nombreux procès-verbaux dressés dans le siècle dernier pour constater les prétendus miracles du diacre Pâris : non-seulement, dit-il, ces actes ne prouvent pas la vérité des faits qui y sont attestés, malgré le nombre et la qualité des personnes qui les ont souscrits, mais encore la critique a su les apprécier à leur juste valeur (1), c'est-à-dire que le témoignage d'un officier public ne saurait transformer en vérités des faits qui ne sont qu'une illusion de la foi ou une supercherie de la fraude.

Par faits juridiques nous entendons les actes et les contrats qui confèrent un droit ou imposent une obligation; ce que, dans le langage ordinaire, on appelle transactions civiles. Le notaire a-t-il qualité pour constater authentiquement tout ce qui concerne les faits juridiques? Non. Le notaire constate des faits extérieurs, ce qu'il voit et ce qu'il entend, ou ce que lui-même accomplit, ainsi ce qui frappe les sens : ce sont les expressions de Du Moulin (2). Il y a des faits moraux d'une importance capitale dont le notaire n'a et ne peut avoir connaissance par l'organe des sens : il n'a aucune mission de

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 142, n° 145.
(2) Du Moulin, *Commentaire sur la coutume de Paris*, tit. I, § VIII, n° 64 (Œuvres, t. I, p. 169) : « *Cujus notitiam et scientiam habet, propriis sensibus, visus et auditus.* »

les constater, ni aucune qualité. Nous en avons déjà fait la remarque en traitant des testaments. Les notaires ont l'habitude de constater qu'ils ont trouvé le testateur sain d'esprit. Cette déclaration ne fait aucune foi, parce que le notaire n'a ni capacité ni mission de constater l'état des facultés intellectuelles du testateur; ce qu'il dit à cet égard n'est donc qu'un témoignage, et un témoignage rendu sans l'observation des formes prescrites par la loi, donc sa déclaration ne fait aucune foi. Il en serait de même d'une déclaration analogue que le notaire ferait à l'occasion d'un contrat. Le cas s'est présenté. Il était dit dans un acte que la partie contractante se trouvait dans un intervalle lucide; celui qui n'est pas interdit peut contracter dans les moments où il jouit de sa raison; mais il n'appartient pas au notaire de le constater, sa déclaration, à cet égard, ne fait aucune foi; elle soulève, au contraire, un doute sur l'état moral de la personne qui a comparu devant lui; cet état pourra être prouvé sans tenir aucun compte de ce que le notaire a dit (1).

Par identité de raison, il faut décider que les parties intéressées sont admises à prouver que l'un des contractants était dans l'impossibilité de consentir, soit par suite d'une maladie (2), soit par suite d'ivresse (3). Vainement dirait-on que le notaire, en constatant le consentement, a constaté par cela même que la partie était capable de consentir. La capacité de consentir n'est pas un fait matériel qui tombe sous les sens, c'est un fait moral que le notaire n'a ni mission ni qualité pour constater. Il se borne à acter le consentement que les parties donnent; s'il mentionnait un consentement qui n'a pas été donné, sa déclaration ferait foi, mais on pourrait l'attaquer par l'inscription en faux. Si la partie a déclaré consentir, on n'accuse pas le notaire d'avoir commis un faux en constatant cette déclaration, bien que la partie ne fût pas en état de manifester une volonté; le notaire n'a point dit

(1) Pau, 18 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3093).
(2) Bordeaux, 12 août 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3093, 2°).
(3) Lyon, 9 février 1837 (Dalloz, n° 3096). Colmar, 27 août 1819, et Angers, 12 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 348, 1°).

qu'elle eût cette capacité, donc on n'attaque pas la véracité du notaire en demandant à prouver que la partie était incapable de consentir.

133. Quelle est l'étendue de la force probante des actes authentiques? Sur ce point nous avons deux dispositions, l'une et l'autre inexactes. L'article 1319 dit que l'acte authentique fait *pleine foi*. Qu'entend-il par là? Le deuxième alinéa donne l'explication du premier; il porte que l'exécution de l'acte authentique sera ou pourra être suspendue en cas d'inscription de faux, et comme l'alinéa commence par le mot *néanmoins*, il en faut conclure que la règle est que l'acte authentique ne peut être attaqué que par la plainte en faux, criminelle ou civile; ce qui exclurait toujours toute autre preuve contraire. L'article 45 applique cette règle aux actes de l'état civil; il pose en principe que les extraits des registres et, par conséquent, les registres de l'état civil font foi jusqu'à inscription de faux. Le principe serait donc que l'acte authentique fait *pleine foi*, en ce sens qu'il ne peut être combattu par aucune preuve contraire, si ce n'est l'inscription en faux.

La doctrine et la jurisprudence repoussent cette prétendue règle. Elle est en opposition avec le principe tel que Dumoulin l'a formulé, principe qui résulte de la nature même de l'acte authentique. De quoi l'acte fait-il pleine foi? De ce que le notaire constate comme l'ayant vu ou entendu et, par suite, de ce qu'il mentionne avoir fait lui-même. On comprend que ces déclarations et ces mentions de l'officier public fassent foi jusqu'à inscription de faux, car on ne peut les contester qu'en accusant le notaire d'avoir commis un faux, ou qu'en prétendant que l'acte a été falsifié. Quand le notaire constate ce que les parties lui ont déclaré, qu'est-ce qu'il déclare comme l'ayant *entendu?* Il a entendu les parties déclarer leurs volontés; il mentionne cette déclaration. Donc il sera prouvé jusqu'à inscription de faux que telle déclaration lui a été faite, car le notaire témoigne qu'il l'a *entendue*. Mais cette déclaration peut être simulée, fausse. Le notaire, en la recevant, témoigne-t-il qu'elle est sincère? La sincérité

ne tombe pas sous les sens, le notaire ne la voit pas et ne l'entend pas ; donc, d'après le principe de Dumoulin, l'acte ne fait pas pleine foi de la sincérité des déclarations que le notaire y relate. Il en est de même de ce que les parties font en présence du notaire. Par exemple, l'une remet à l'autre des objets mobiliers, des espèces, des valeurs ; le notaire constate cette remise : cette mention fera-t-elle pleine foi? Oui, en ce qui concerne le fait matériel de la remise, car le notaire l'a *vu;* il témoigne donc de ce dont il a connaissance par ses sens. Mais la remise peut être simulée : le notaire témoigne-t-il aussi de la sincérité de la remise? Non, certes, car la sincérité ne se *voit* pas; si la remise est simulée, la simulation résulte de ce qui s'est passé hors de la présence du notaire, soit avant, soit après l'acte; or, le notaire ne peut pas constater ce dont il n'est pas témoin.

Ainsi il résulte du principe même de Dumoulin que l'acte authentique ne fait *pleine foi* que de ce que le notaire constate comme l'ayant fait, entendu ou vu. Or, l'article 1319 n'innove pas; il consacre la tradition, le texte même de la loi le prouve. Il ne parle que du cas où l'acte fait pleine foi, c'est-à-dire foi jusqu'à inscription de faux, comme le dit l'article 45. Et il est d'évidence que l'acte ne saurait faire pleine foi de ce dont le notaire ne peut pas témoigner. Nous disons que cela est d'évidence. Sur ce point, en effet, le doute est impossible. Quand je prétends que les déclarations reçues par le notaire ne sont pas sincères, est-ce que j'entends que l'acte est faux ou falsifié? Du tout, je reconnais, au contraire, implicitement que le notaire a mentionné la déclaration telle que les parties l'ont faite; dès lors il n'y a pas lieu de s'inscrire en faux, car l'inscription en faux implique que l'acte est faux ou falsifié (1).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 535, n° 282 *bis* IV et p. 536, n° 282 *bis* VI. Mourlon, t. II, p. 803, n° 1524. Liége, 12 août 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 60). Rejet, 22 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 273). La cour de cassation a appliqué le même principe aux actes de l'état civil : ils ne font foi jusqu'à inscription de faux que des faits qui se passent devant l'officier et dont la réalité est constatée par lui. Rejet, chambre civile, 16 mars 1841 (Dalloz, au mot *Nom*, n° 19).

Si la sincérité, la réalité des faits constatés par le notaire n'est pas prouvée jusqu'à inscription de faux, il reste à savoir quelle est la force probante de l'acte en ce qui concerne la vérité des déclarations qui y sont mentionnées. La loi ne le dit pas. Il est admis en doctrine et en jurisprudence que l'acte authentique ne fait foi que jusqu'à preuve contraire de la sincérité des déclarations qui y sont mentionnées. Ce qui veut dire que l'on est admis à prouver, par les moyens légaux de preuve, que les déclarations consignées dans l'acte ne sont pas sincères. La différence est donc grande entre les cas où l'acte prouve jusqu'à inscription de faux et les cas où il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire : dans la première hypothèse, l'on ne peut combattre l'acte ni par la preuve littérale, ni par la preuve testimoniale, ni par aveu, ni par serment; une seule preuve est admise, la plainte en faux, procédure difficile et périlleuse. La plainte en faux est rare et il est encore plus rare qu'elle réussisse : en ce sens, et de fait, on peut dire avec l'article 1319 que l'acte authentique fait *pleine foi*. Il en est autrement lorsque la loi admet la preuve contraire ; la partie intéressée sera admise à prouver par des écrits, par témoins, s'il y a lieu, et par présomptions, par aveu toujours et par serment, que les déclarations mentionnées en l'acte ne sont pas sincères.

On pourrait soutenir que l'acte authentique ne fait aucune foi, pas même jusqu'à preuve contraire, de la vérité et de la réalité des faits que l'officier public constate comme ayant été posés ou déclarés par les parties. Ce ne sont que de simples allégations ; pourquoi force-t-on celui à qui on les oppose à prouver qu'elles sont simulées? n'est-ce pas à celui qui se prévaut d'une allégation d'en prouver le fondement? En théorie, il est facile de justifier la règle admise par la doctrine et par la jurisprudence. Quand des parties se présentent devant un notaire pour qu'il dresse acte de leurs conventions, on doit supposer que ces conventions sont sérieuses et, par conséquent, que les déclarations sont vraies ; la simulation et la fraude sont de rares exceptions, donc presque toujours l'acte authentique sera l'expression de la vérité. Ce n'est que

dans des cas exceptionnels que les déclarations qui s'y trouvent mentionnées seront simulées. Or, c'est à celui qui invoque une exception qu'incombe le fardeau d'en administrer la preuve. Voilà pourquoi celui qui prétend qu'il y a simulation doit le prouver. En principe, cela est incontestable, seulement le législateur aurait dû le dire; car il y a au fond de cette doctrine une présomption de sincérité, présomption très-naturelle, mais que la loi seule a le droit d'établir comme règle légale.

134. La question de la force probante des actes authentiques présente encore une autre difficulté qui tient, non aux principes, mais à la mauvaise rédaction de la loi. On demande si l'acte authentique fait, à l'égard des tiers, la même foi qu'entre les parties? En théorie, il n'y a aucun doute. Pourquoi l'acte authentique fait-il pleine foi? Parce qu'il est reçu par un officier public, institué par la loi pour donner l'authenticité aux actes que les parties doivent ou veulent recevoir dans la forme authentique. Cette mission l'officier public l'a d'une manière absolue, en ce sens que l'acte qu'il reçoit a le caractère d'authenticité à l'égard de la société tout entière, donc à l'égard des tiers aussi bien qu'entre les parties. On ne conçoit pas même qu'il en soit autrement. Comprendrait-on qu'un acte fût authentique à l'égard des parties et qu'il ne fût pas authentique à l'égard des tiers? Un seul et même acte peut-il être tout ensemble authentique et non authentique? Cela ne se comprend pas. On ne comprendrait pas non plus la raison de cette différence. Les actes authentiques ne font pas foi à cause de la présence des parties, ils font foi parce que c'est un officier public qui les reçoit en présence de témoins, lesquels témoigneront envers et contre tous de ce qui s'est passé, de ce qu'ils ont vu et entendu. Le motif pour lequel les actes authentiques font foi est donc un motif général, et partant la preuve doit aussi être générale et s'étendre à tous ceux qui invoquent l'acte, ou contre lesquels on l'invoque.

Cependant l'article 1319 paraît dire le contraire; il ne se borne pas à disposer en termes absolus que l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme;

il ajoute : « *entre les parties contractantes*, leurs héritiers ou ayants cause. » Ce qui semble limiter la force probante de l'acte aux parties qui y figurent et à leurs ayants cause; donc la loi paraît excepter les tiers. En faut-il conclure que l'acte authentique ne fait pas foi à l'égard des tiers ni contre eux? Ce serait tirer du silence de la loi une conclusion contraire à tout principe, contraire à l'essence même de l'acte authentique. Cela est inadmissible, et cela n'a jamais été soutenu par personne. On sait combien les inductions tirées du silence de la loi sont dangereuses: c'est risquer de faire dire au législateur le contraire de ce qu'il a voulu dire. Dans l'espèce, cela est certain. Il n'y a aucun motif qui pourrait justifier la distinction que l'on prétendrait faire entre la force probante de l'acte à l'égard des parties et la foi qui est due à l'acte à l'égard des tiers. Il n'y a pas un mot dans les travaux préparatoires qui marque l'intention d'établir une distinction là où il n'y aurait aucun motif de distinguer. La force probante des actes est une matière traditionnelle. Et que dit la tradition? Pothier, qui, en cette matière, n'est pas à l'abri de la critique, n'a pas songé à distinguer entre les tiers et les parties, au moins quant au principe. Il traite, dans deux paragraphes différents, de la foi des actes authentiques contre les parties et de la foi qu'ils font contre les tiers. Entre les parties, dit-il (n° 734), l'acte authentique fait pleine foi par lui-même de ce qui y est contenu : contre les tiers l'acte prouve *rem ipsam*, c'est-à-dire que la convention qu'il renferme est intervenue (n° 738). Ce sont à peu près les termes de l'article 1319, qui parle aussi de la convention. En principe donc, l'acte authentique fait foi de la convention à l'égard des tiers aussi bien qu'à l'égard des parties; nous négligeons les détails pour le moment, afin de ne pas embrouiller une matière qui est déjà assez obscure par elle-même (1). Nous y reviendrons.

Pourquoi les auteurs du code, qui ont reproduit le principe de Pothier en ce qui concerne la force probante de

(1) Comparez Marcadé, t. V, p. 25, n° II de l'article 1319. Toullier, t. IV, 2, p. 144, n° 148.

l'acte authentique entre les parties, n'ont-ils pas reproduit le principe, au fond identique, que Pothier établit sur la foi que l'acte fait à l'égard des tiers? On ne le sait. Est-ce oubli, comme on l'a supposé (1)? Nous dirons plus loin que les interprètes du code adressent un reproche plus grave au législateur. Constatons d'abord que, lors des travaux préparatoires, on ne s'est pas douté de la lacune qui existe dans la loi. Jaubert, le rapporteur du Tribunat, établit nettement les principes. Il commence par distinguer ce que l'on reproche aux auteurs du code d'avoir confondu, la différence entre l'*effet des obligations*, en ce qui concerne les *tiers*, et la *preuve de l'obligation* à l'égard des tiers. « Nous avons déjà vu, dit-il (art. 1165), que les conventions n'ont d'*effet* qu'entre les parties contractantes et ne nuisent point aux tiers ni ne leur profitent. *Mais il ne s'agit point ici de l'effet des conventions*, il ne s'agit que des *preuves*, et des preuves qui peuvent résulter d'un titre authentique. La question est de savoir comment la règle *L'acte authentique fait pleine foi* doit s'entendre à l'égard des tiers. Notre projet établit, ou plutôt *consacre* une *ancienne maxime* que la foi publique a fait admettre; c'est que lorsqu'une convention a été établie par un titre authentique et que les parties contractantes n'y ont dérogé entre elles que par un acte sous seing privé, l'effet de la contre-lettre se borne aux parties contractantes, sans avoir jamais aucune influence contre les tiers. Ainsi les actes authentiques font pleine foi, non-seulement entre les parties contractantes, mais encore pour les tiers. Peuvent-ils faire foi contre les tiers? Il faut distinguer le *matériel* et le *moral* de l'acte. Quant au matériel, c'est-à-dire la date et les faits physiques attestés par l'officier public, les tiers ne peuvent contester la preuve qui résulte de l'authenticité de l'acte. Dumoulin, qui a traité cette matière avec son érudition et sa sagacité ordinaires, avait réduit la théorie de cette partie du droit à ce principe que l'acte public prouve contre les tiers *rem ipsam;* termes précis, énergiques qui nous ont conduits à la distinction

(1) Arntz, *Cours de droit civil*, t. II, p. 129, nº 308.

que nous adoptons entre le *matériel* et le *moral* de l'acte (1). »

Nous avons transcrit ce passage, parce qu'il est capital pour l'intelligence du code civil. On reproche, et non sans raison, aux auteurs du code d'avoir confondu, au moins dans la rédaction, l'*effet des obligations* à l'égard des tiers, et la *preuve* que les *actes* font pour les tiers ou contre eux. Jaubert établit clairement cette différence ; il n'a donc pas vu dans la loi la confusion qui choque tant les interprètes. Nous avons dit que les auteurs du code ne parlent pas de la preuve que l'acte authentique fait à l'égard des tiers, et que l'article 1319 semble même dire que l'acte authentique ne fait pleine foi qu'entre les parties et leurs ayants cause. Jaubert dit que l'acte authentique fait foi à l'égard des tiers comme entre les parties et il trouve cette doctrine implicitement dans l'article 1319. Quant à la distinction qu'il fait entre le *matériel* et le *moral* de l'acte, nous l'avons déduite aussi de la théorie de Dumoulin ; seulement il faut ajouter qu'elle s'applique aux tiers comme aux parties.

Voilà l'esprit du code exposé par le rapporteur du Tribunat. Il éclaircit ce qu'il y a d'obscur dans le texte. C'est la forme qui est mauvaise. Les principes sont ceux que Dumoulin a exposés avec une remarquable lucidité, et que Jaubert lui a empruntés. C'est à cette tradition qu'il faut nous en tenir, en répudiant ce qu'il y d'incorrect dans le langage de la loi, ou pour mieux dire, en interprétant le texte par la tradition.

N° 2. QUAND L'ACTE AUTHENTIQUE FAIT-IL FOI JUSQU'A INSCRIPTION DE FAUX ?

I. *Des faits accomplis par le notaire.*

135. Dans les actes qui constatent des conventions, le rôle du notaire se borne à celui d'un témoin qui rapporte ce qui se passe devant lui ; les faits qu'il accomplit lui-même sont peu nombreux. Il déclare que les parties

(1) Jaubert, deuxième rapport, n° 8 (Locré, t. VI, p. 226).

contractantes se sont présentées devant lui et ont fait telles et telles dispositions ; il mentionne la lecture qu'il donne de l'acte, la signature des parties et la sienne, puis il date l'acte. Tous ces faits sont prouvés jusqu'à inscription de faux. Arrêtons-nous à la date, le fait juridique le plus important que le notaire constate et qu'il a mission de constater ; par application du principe général (n° 102), la date des actes authentiques fait donc foi jusqu'à inscription de faux ; l'acte prouve la date qu'il porte par lui-même, indépendamment de l'enregistrement. L'acte a date certaine, non à partir du jour où il a été enregistré, mais à partir du jour où il a été reçu par le notaire. Cela résulte de l'article 1328, aux termes duquel les actes sous seing privé ont date contre les tiers du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire. Les notaires qui dressent ces actes donnent par cela seul date certaine à l'acte sous seing privé dont ils relatent la substance. Il suit de là que l'on ne peut contester la date mise par le notaire à l'acte qu'il reçoit sans s'inscrire en faux (1). La loi lui fait une obligation de dater ses actes, donc d'y mettre la vraie date ; soutenir qu'il a antidaté ou postdaté un acte, c'est l'accuser d'avoir commis un faux, ou prétendre que la date a été falsifiée, partant il faut s'inscrire en faux. Il a été jugé, en conséquence, que la sentence des arbitres fait foi de sa date, jusqu'à inscription de faux, contre les parties entre lesquelles elle a été rendue, bien qu'elle n'ait été déposée et enregistrée que postérieurement à l'expiration de leurs pouvoirs, ce qui en assure la validité (2). La cour ne parle pas de la date à l'égard des tiers, parce que le débat n'existait qu'entre les parties. Il va sans dire que la date est certaine à l'égard de tous, l'article 1328 le dit.

136. Dans les testaments par acte public, il y a une série de formalités que le notaire doit accomplir et dont

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 537, n° 282 *bis* VII.
(2) Bourges, 13 août 1828, et Rejet, 30 mars 1841 (Dalloz, au mot *Arbitrage*, n° 1122).

il doit faire mention. Le testament lui est dicté par le testateur, il est écrit par notaire tel qu'il lui est dicté; il en est donné lecture au testateur en présence des témoins. La loi ajoute qu'il est fait du tout mention expresse. Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il est fait, dans l'acte, mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. Toutes ces mentions font foi jusqu'à inscription de faux. Le notaire constate ce qu'il fait lui-même en exécution de la loi; il imprime donc le caractère d'authenticité et donne pleine foi à tout ce qu'il déclare avoir fait; on ne peut le contester sans accuser le notaire d'avoir commis un faux ou sans prétendre que l'acte a été falsifié. Nous avons examiné ailleurs les nombreuses difficultés auxquelles ces mentions donnent lieu. Il a été jugé, par application du principe de la force probante de l'acte, que l'on ne peut, à moins de s'inscrire en faux, attaquer le testament par le motif que des virgules auraient été ajoutées après coup dans la mention de lecture du testament (1).

II. *Mention de ce que le notaire voit.*

137. D'après le principe formulé par Dumoulin, l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce qui se passe sous les yeux du notaire, de ce qu'il aperçoit par l'organe de ses sens. Il y a cependant un cas singulier dans lequel la déclaration du notaire ne fait point foi jusqu'à inscription de faux. Nous avons dit ailleurs qu'un sourd-muet de naissance est capable de donner entre-vifs, quand même il serait illettré, pourvu qu'il puisse manifester sa volonté. Mais comment le notaire constatera-t-il sa volonté? et quelle est la foi attachée aux déclarations qu'il fera? Le cas s'est présenté devant la cour de Bordeaux. Pour s'assurer qu'il comprenait les intentions de la donatrice, le notaire eut recours à l'assistance des personnes qui voyaient habituellement la sourde-muette et qui connais-

(1) Limoges, 14 août 1810, et Rejet, 12 juin 1811 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2984, 2°).

saient sa manière d'être et ses façons d'agir; l'officier public constate que la donatrice lui avait montré sa maison, les bâtiments qui en dépendaient, les meubles qui la garnissaient, qu'elle l'avait conduit sur chacune de ses pièces de terre, qu'elle avait clairement exprimé par des signes très-caractéristiques qu'elle voulait donner le tout, et faisant le geste d'une personne qui écrit, l'avait engagé, par une pantomime expressive, à en dresser acte; que ces faits lui avaient donné, à lui notaire, ainsi qu'aux assistants et témoins, la preuve évidente qu'elle entendait donner ses biens aux défendeurs. Mais quelle allait être la force probante de l'acte dressé par le notaire? La cour dit très-bien que dans les cas ordinaires où les parties parlent une langue dont tous les termes ont une signification fixe et parfaitement intelligible, l'acte doit faire foi jusqu'à inscription de faux, mais il en est autrement quand l'une des parties ne peut s'exprimer qu'au moyen de signes qui n'ont point un sens déterminé et convenu. Dans ce cas, l'interprétation que leur donne le notaire n'est plus qu'une simple appréciation. Le notaire ne dit pas ce qu'il a vu et entendu par l'organe de ses sens, il dit ce qu'il a compris par un travail intellectuel. De là suit que les déclarations qu'il constate ne font plus foi jusqu'à inscription de faux; on peut les combattre par toute preuve contraire et notamment par la preuve testimoniale (1).

138. Un acte de vente authentique constate que le prix a été payé comptant, mais sans qu'il soit dit que les espèces ont été comptées et remises au vendeur en présence du notaire. Cette énonciation ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, car le notaire ne constate pas ce qu'il a vu; il constate la déclaration qu'il a entendue; ainsi le fait matériel que l'acheteur a déclaré avoir payé le prix au vendeur et que celui-ci a déclaré l'avoir reçu est prouvé jusqu'à inscription de faux; mais la vérité de cette déclaration n'est prouvée que jusqu'à preuve contraire. Il a été jugé que le vendeur est admis à prouver par des présomptions appuyées sur un commencement de

(1) Bordeaux, 29 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 2, 173).

preuve par écrit que le payement n'a point eu lieu et qu'il devait se faire au fur et à mesure de ses besoins. En faisant cette preuve, le vendeur n'attaque pas comme fausse l'énonciation portant que le prix a été payé ; il reconnaît, au contraire, que cette déclaration a été faite, mais il soutient que, pour une raison quelconque, elle était simulée; donc il ne doit pas s'inscrire en faux (1). La seule difficulté est de savoir comment se fera la preuve de la simulation; nous y reviendrons.

Mais si l'acte constate qu'une somme a été reçue comptant par le créancier en présence du notaire et que le créancier a pris les deniers et les a retirés devers lui, dans ce cas, le notaire constate ce qu'il a vu et la mention qu'il en dresse fait foi jusqu'à inscription de faux; car, dire que le créancier n'a point touché les deniers, alors que le notaire déclare qu'il les a touchés en sa présence, c'est accuser l'officier public d'avoir commis un faux ; de là la nécessité de s'inscrire en faux. Dans l'espèce, il y avait une considération de fait qui trompa le premier juge. Une partie des deniers reçus par la créancière avait servi à payer une dette dont le mari était tenu envers le débiteur; le tribunal en conclut qu'il fallait retrancher les 780 francs payés par le mari des 1,200 francs que la femme avait reçus. La somme était dotale et la faveur de la dot avait engagé le premier juge à retrancher du payement constaté par l'acte la somme qu'il s'était appliquée à son profit. C'était porter atteinte à l'acte qui constatait que la femme avait touché la somme de 1,200 fr., ce qui libérait le débiteur (2).

Dans l'espèce, on ne pouvait pas dire que la numération des espèces constatée par le notaire était simulée; la remise avait été très-réelle; si, au contraire, l'acte portait que telle somme a été comptée et remise en présence du notaire et que l'on prétende que la remise n'a été que fictive, on serait admis à prouver la simulation; c'est le droit commun, comme nous le dirons plus loin. De même,

(1) Douai, 5 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 202).
(2) Agen, 3 mars 1846 (Dalloz, 1849, 2, 137).

quand l'acte constate que la femme a touché le prix d'un bien paraphernal, elle peut prouver que tout ou partie du prix a tourné au profit du mari et qu'il en résulte pour elle une créance contre son mari et, par suite, une hypothèque légale. La cour de cassation a très-bien jugé que ce n'est point là porter atteinte à la foi que fait l'acte authentique ; la femme ne niait pas d'avoir reçu le prix, elle reconnaissait que l'acheteur était libéré, elle n'attaquait donc pas l'acte ; le débat portait seulement sur ce qui s'était passé après l'acte ; or, la femme est toujours admise à prouver que des deniers à elle appartenant ont été employés au profit du mari (1).

139. Nous avons posé comme principe, d'après Dumoulin, que l'acte authentique fait la même foi à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties. La cour de Bruxelles a appliqué la règle à la quittance constatée par acte notarié. Il était dit, dans un contrat de mariage, que la future apportait en dot une somme de 100,000 francs qu'elle avait remise en espèces, à la vue des notaires, au futur époux qui le reconnaissait et s'en chargeait. La femme fit prononcer la séparation de biens et elle obtint un jugement qui condamnait le mari à lui restituer sa dot. Puis elle poursuivit l'expropriation d'une maison acquise durant la communauté, à laquelle elle venait de renoncer. Dans l'ordre ouvert sur le prix, elle demanda à être colloquée pour sa dot de 100,000 francs; cette demande fut combattue par les créanciers hypothécaires, tous postérieurs au mariage; ils soutinrent que l'apport de la dot était simulé et que la séparation était frauduleuse. La cour de Bruxelles décida que foi devait rester à l'acte jusqu'à inscription de faux, tout en avouant qu'il y avait des soupçons de dol et de fraude au sujet de la quittance portée au contrat de mariage. Il est à remarquer que les créanciers n'avaient articulé aucun fait précis à l'appui de leur accusation de dol et de fraude (2). Le principe appliqué par la cour est incontestable; la quittance fai-

(1) Rejet, 9 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 155).
(2) Bruxelles, 26 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 473).

sait foi à l'égard des tiers, puisque le notaire constatait ce qui s'était passé sous ses yeux. Mais, dans l'espèce, les créanciers n'attaquaient point la déclaration du notaire; ils reconnaissaient que les 100,000 francs avaient été comptés en présence de l'officier public et remis au mari, mais ils soutenaient que la numération des espèces était simulée ; les créanciers auraient donc dû être admis à la preuve de la simulation par toute voie légale (1).

140. Le notaire peut aussi constater, comme l'ayant vu, la mise en possession de l'acheteur. Aux termes de l'article 1605, la délivrance des immeubles se fait par la remise des clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou par la remise des titres de propriété; la délivrance des effets mobiliers s'opère par la tradition de la chose, par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent; la tradition des droits incorporels peut aussi se faire par la remise des titres (art. 1606 et 1607). Quand le notaire constate les faits de délivrance qui se sont passés sous ses yeux, l'acte en fera foi jusqu'à inscription de faux. C'est l'application du principe de Dumoulin.

Un acte de vente authentique constate la mise en possession de l'acheteur. Celui-ci est évincé et condamné à la restitution des fruits. La cour ordonne que les fruits seront restitués à partir d'une époque antérieure à l'acte, parce qu'il était prouvé qu'une vente faite par acte sous seing privé avait précédé celle qui était constatée par acte notarié et que l'acheteur avait été dès lors mis en possession (2). N'était-ce pas porter atteinte à la force probante de l'acte authentique? On prouvait contre l'acte, puisque, d'après l'acte, la possession de l'acheteur n'avait commencé qu'en 1809, tandis que la cour faisait remonter la possession à l'année 1808. Mais tout en prouvant contre l'acte, on n'attaquait pas les faits matériels constatés par l'acte; on prouvait, non ce qui s'était passé lors de l'acte, mais ce qui s'était passé antérieurement à l'acte. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 367 et 369, § 755.
(2) Rejet, chambre civile, 12 juillet 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4520).

141. L'inventaire est fait en entier d'après ce que le notaire voit, puisqu'il décrit ce qu'il voit. Donc tout ce qu'il constate fait foi jusqu'à inscription de faux. C'est l'application du principe de Dumoulin.

Dans un inventaire des biens d'une communauté entre époux, il est dit qu'il a été trouvé en deniers comptants, billets, pièces de vingt et de cinq francs, une somme de 100,000 francs qui faisaient, par conséquent, partie de l'actif de ladite communauté. Le premier juge décida, en se fondant sur des présomptions résultant des faits et circonstances de la cause, que cette somme ne s'était pas trouvée dans l'inventaire, qu'elle était la représentation de pareille somme due à l'époux par un tiers. Cette décision a été cassée, elle violait l'article 1319. Le notaire avait constaté ce qu'il avait vu; on ne pouvait nier qu'il eût vu la somme litigieuse en espèces et en billets, sans l'accuser d'avoir commis un faux; donc la seule preuve contre l'acte que le juge pût admettre était l'inscription en faux. Il ne pouvait détruire la foi due à l'acte par de simples présomptions, car les présomptions ne sont admissibles que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale; et la preuve par témoins ne peut pas être invoquée contre l'acte authentique quand l'officier public y constate ce qu'il a vu (1).

III. *Mention de ce que le notaire entend.*

142. D'après le principe de Dumoulin, l'acte fait pleine foi de ce que le notaire constate comme l'ayant entendu, c'est-à-dire de ce que les parties comparantes lui déclarent concernant leurs conventions. C'est ce que l'article 1319 marque en disant que l'acte authentique fait pleine foi de la *convention* qu'il renferme. Il faut prendre le mot *convention* dans son sens le plus large : il comprend non-seulement les contrats proprement dits, mais aussi les reconnaissances, aveux, payements, et tout fait juridique qui est de nature à être constaté par un acte.

(1) Cassation, 2 décembre 1840 (Dalloz, au mot *Scellés*, n° 227).

Le fait juridique est prouvé, tel que les parties le formulent, non-seulement à l'égard de ceux qui parlent au contrat, mais aussi à l'égard des tiers. Mais le principe ne s'applique qu'au fait matériel des déclarations, le seul que le notaire perçoive par les sens; il ne s'applique pas à la vérité des déclarations. La sincérité du fait juridique n'est pas prouvée jusqu'à inscription de faux; l'acte n'en fait foi que jusqu'à preuve contraire. Le principe est admis par tout le monde (1); mais, dans l'application, on confond parfois la force probante jusqu'à inscription de faux et la force probante jusqu'à preuve contraire. Il est donc nécessaire de donner des applications du principe qui est le plus usuel en matière de preuve authentique.

143. L'acte authentique constate une vente. Qu'est-ce qu'il prouve jusqu'à inscription de faux et à l'égard de qui? Pierre déclare vendre à Paul un domaine pour 50,000 francs. Il est prouvé jusqu'à inscription de faux que Pierre a déclaré vendre tel domaine, que Paul a déclaré l'acheter et que les parties ont déclaré que le prix est de 50,000 francs; ainsi le fait de vente est établi jusqu'à inscription de faux, en ce sens que personne ne peut contester que Pierre et Paul n'aient déclaré faire une vente, ce qui comprend le consentement sur la chose et le prix. Le fait matériel de la déclaration est prouvé entre les parties et à l'égard des tiers, soit pour eux, soit contre eux; celui qui conteste que la déclaration de vente ait été faite doit s'inscrire en faux, car il accuse le notaire d'avoir constaté ce qui ne lui a pas été déclaré, c'est-à-dire d'avoir commis un faux et s'il n'accuse pas l'officier public, il prétend du moins que l'acte a été falsifié; donc, dans toute hypothèse, il soutient que l'acte est faux, il doit donc s'inscrire en faux.

Il y a un arrêt de la cour de Lyon sur la question (2). L'acte de vente contenait quittance du prix. Les vendeurs l'attaquèrent : d'abord, pour défaut de consentement. C'était mal formuler la demande, car les parties ne pré-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 367, notes 38 et 39, § 755. Colmet de Santerre, t. V, p. 535, n° 282 *bis* IV.
(2) Lyon, 18 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3110).

tendaient point n'avoir pas consenti, elles disaient que leurs déclarations étaient simulées : elles avaient donc consenti; elles avaient déclaré vendre et acheter, seulement leur déclaration n'était pas sérieuse. La cour, trompée peut-être par la demande, dit que les parties ne pouvaient être admises à en faire preuve que par l'inscription en faux; c'est une erreur. En effet, les vendeurs ne contestaient pas qu'ils avaient déclaré vendre, ils n'attaquaient donc pas le fait matériel constaté par le notaire, ils en niaient la sincérité; la cour aurait donc dû les admettre à la preuve contraire, sauf à décider quelle était cette preuve, c'est ce que nous dirons plus loin. Dans l'espèce, les parties avouaient qu'elles étaient dans l'impossibilité de prouver la simulation par des écrits; elles n'alléguaient que des présomptions : la cour décida très-bien que les présomptions étaient inadmissibles, puisque la preuve testimoniale ne l'était pas; les parties auraient pu et dû se procurer une preuve littérale en rédigeant une contre-lettre; ne l'ayant point fait, elles restaient sous l'empire de l'article 1341, aux termes duquel il doit être passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs.

Les vendeurs soutenaient encore qu'aucun prix n'avait été payé. Devaient-ils s'inscrire en faux pour le prouver? Non, certes; car l'acte ne constatait pas que le prix avait été payé en présence du notaire; c'était donc une simple déclaration faisant foi jusqu'à inscription de faux, quant au fait matériel que le notaire constatait pour l'avoir entendu, et seulement jusqu'à preuve contraire, en ce qui concerne la vérité de la déclaration. Les vendeurs devaient donc être admis à la preuve contraire, mais ils ne pouvaient pas faire cette preuve par témoins, ils devaient donc succomber faute de preuve. C'est ce que la cour décida; l'arrêt est bien rendu au fond, mais il ne distingue pas assez nettement la force probante de l'acte jusqu'à inscription de faux et la foi qu'il fait jusqu'à preuve contraire.

144. Quelle est la foi que l'acte de vente fait à l'égard des tiers? Il prouve le fait de la vente, dans le sens que nous venons de dire, contre les tiers et en leur faveur.

L'acte fait foi contre eux; en supposant que la chose vendue n'appartînt pas au vendeur, l'acheteur ne deviendra pas propriétaire, mais il pourra prescrire s'il a titre et bonne foi. Comment prouvera-t-il son titre? En invoquant l'acte authentique de vente. Cet acte prouve donc contre le propriétaire, qui est un tiers, que le domaine a été vendu et que l'acheteur a un juste titre. On voit ici la différence entre l'*effet* de la *vente* et l'*effet* de l'*acte*. La *vente* n'a aucun effet à l'égard du propriétaire, elle ne peut lui être opposée, car les conventions ne nuisent pas aux tiers et ne leur profitent pas. Mais l'*acte* a effet à l'égard du propriétaire, il prouve contre lui que le domaine a été vendu (1). Et cette preuve a la même étendue à l'égard du tiers qu'à l'égard des parties; l'acte fait foi jusqu'à inscription en faux du fait matériel de la vente.

La vente a été faite par un successible; ce qui emporte l'acceptation tacite de la succession. Les créanciers du défunt sont admis à prouver que le successible a fait acte d'héritier en vendant une chose appartenant à l'hérédité : pourront-ils faire cette preuve en produisant l'acte authentique de vente? L'affirmative n'est point douteuse. Il est prouvé authentiquement, à l'égard de tous, qu'il y a eu vente; cela est prouvé jusqu'à inscription de faux, en ce qui concerne le fait matériel de la vente; donc des tiers peuvent invoquer l'acte authentique contre les parties contractantes (2).

L'article 1319 semble dire que l'acte authentique ne fait foi qu'entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause. Nous avons écarté d'avance l'objection, en expliquant la mauvaise rédaction de la loi par le rapport du Tribunat et par les principes généraux de droit; plus loin nous reviendrons encore sur la rédaction vicieuse de l'article 1319 en ce qui concerne la foi que l'acte fait à l'égard des tiers.

145. Dans un acte authentique constatant un prêt de somme d'argent il est dit que plusieurs personnes se sont engagées *solidairement* envers le prêteur. Le premier juge

(1) Duranton, t. XIII, p. 70, n° 81.
(2) Mourlon, t. II, p. 804, n° 1561.

décida que quelques-unes n'étaient que simples cautions, en se fondant sur l'ensemble des faits et des actes postérieurs, donc sans inscription en faux. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1319. La loi dit que l'acte authentique fait pleine foi de la convention solidaire qu'il renferme ; donc la solidarité était prouvée jusqu'à inscription de faux. Le pourvoi fut admis par la chambre des requêtes, et la chambre civile ne le rejeta qu'après un délibéré en la chambre du conseil. L'arrêt porte que l'acte, en stipulant la solidarité des père et mère, ne déclarait pas qu'ils étaient débiteurs principaux, ni que les deniers empruntés leur avaient été versés, en tout ni en partie, à la vue du notaire. La cour de cassation en conclut que le premier juge, en décidant que les père et mère n'étaient engagés que comme simples cautions, n'avait rien dit de contraire aux faits constatés par l'acte et, par conséquent, n'avait pas méconnu la foi due à l'acte authentique (1). La décision est fondée sur le principe de Dumoulin et, à notre avis, elle ne souffrait point le moindre doute. Il en est de la stipulation de solidarité comme de la convention même; l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux que les emprunteurs se sont engagés solidairement. Cette déclaration n'était pas méconnue par les père et mère, mais ils soutenaient qu'ils étaient cautions solidaires; ils reconnaissaient donc qu'ils étaient débiteurs solidaires à l'égard du créancier, mais que, dans les rapports des emprunteurs entre eux, ils n'étaient que cautions, comme l'article 1216 l'admet. L'acte gardait le silence sur ce point; on ne peut pas dire qu'il y eût simulation, car l'engagement solidaire était réel, mais l'acte était incomplet; la question était donc de savoir si on pouvait le compléter par la preuve contraire, c'est-à-dire si l'on peut prouver outre le contenu en l'acte. Nous reviendrons sur la question. La décision est bien rendue; seulement elle ne précise pas assez clairement le vrai point de la difficulté : par quelle preuve peut-on établir ce que l'acte authentique ne constatait point? La preuve testimoniale

(1) Rejet, chambre civile, 4 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 58).

n'est pas admise, l'article 1341 le dit formellement. On reste donc sous l'empire du droit commun, comme nous le dirons plus loin.

146. Un acte de vente porte que l'une des parties n'est âgée à ce moment que de vingt ans et neuf mois; en conséquence, les covendeurs s'obligent de lui faire ratifier la vente dès le jour qu'elle aura atteint sa majorité. Cette déclaration de minorité faisait-elle foi et quelle était l'étendue de la force probante? La cour de cassation a jugé que la minorité n'était pas prouvée, attendu que, dans les actes des notaires, il n'y a d'authentique que ce dont l'officier public a pu juger par le témoignage de ses sens; or, dans l'espèce, le notaire n'avait fait que relater ce que les parties avaient jugé à propos de lui dire; cela ne suffisait pas pour prouver un fait qui ne peut être établi que par l'acte de naissance (1). La décision de la cour n'est-elle pas trop absolue? Il y avait au moins un fait qui était prouvé jusqu'à inscription de faux, c'était la déclaration de minorité; dans l'espèce, cette déclaration était inopérante, car il n'en pouvait résulter la preuve de la minorité.

IV. *De l'inscription en faux.*

147. Nous venons de dire dans quels cas l'acte authentique fait pleine foi, c'est-à-dire jusqu'à inscription de faux. Qu'est-ce que cela veut dire : faire foi jusqu'à inscription de faux? Toute preuve peut, en général, être combattue par la preuve contraire. La loi admet le principe, même pour l'acte authentique, quand il fait pleine foi, mais avec une grave restriction. On peut attaquer la foi due à l'acte authentique, mais on ne le peut que par l'inscription en faux; toute autre preuve est interdite. Ainsi on n'est pas reçu à combattre la foi due à l'acte par la preuve testimoniale, alors même qu'il existerait un commencement de preuve par écrit. Voilà une importante dé-

(1) Rejet, 14 février 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3097).

rogation au droit commun. De même l'aveu ne peut être invoqué, quoiqu'il fasse pleine foi, en toute matière (article 1356), et on ne peut pas non plus déférer le serment à celui qui produit un acte authentique, bien que, d'après l'article 1358, le serment décisoire puisse être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. Tel est l'avantage de l'authenticité; ce que le notaire constate pour l'avoir fait, vu ou entendu, fait pleine foi; il n'y a qu'un moyen de combattre l'acte authentique sous ce rapport, c'est de s'inscrire en faux, procédure difficile, longue et dangereuse (1).

148. Par cela même que l'article 1319 déroge au droit commun, il faut le restreindre dans les limites du texte. Il ne concerne que l'acte authentique, c'est-à-dire l'écrit dressé par le notaire et destiné à prouver le fait juridique qui y est constaté. L'article 1319 est étranger à la convention relatée dans l'acte; la convention peut être valable, quoique l'acte soit nul, et la convention peut être nulle quoique l'acte soit valable en la forme. Supposons que la convention soit viciée et nulle à raison du vice qui l'entache. Les parties intéressées peuvent certainement en demander la nullité, quoiqu'elle soit authentiquement constatée; ceux qui l'attaquent ne s'en prennent pas à l'acte, ils demandent que la convention soit annulée; si elle l'est, l'acte tombera de lui-même. Faut-il qu'ils s'inscrivent en faux contre l'acte? Non, car ils ne prétendent pas que l'acte soit faux ou falsifié, ils prétendent que la convention est inexistante, parce que la chose qui devait en faire l'objet était périe lors du contrat; en demandant que le juge déclare la convention inexistante, ils ne portent aucune atteinte à la force probante de l'acte, car l'acte ne constate pas que la chose existât au moment où il a été passé.

Cela est incontestable; nous y reviendrons plus loin en traitant du dol. Toullier dit à ce sujet : « On ne saurait trop répéter qu'il ne faut jamais confondre le contrat ou la convention avec l'acte qui est destiné à lui servir de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 368, notes 40 et 41, § 755.

preuve (1). » Là n'est pas la vraie difficulté. Il s'agit de savoir si l'acte conservera toute sa force, alors que la convention est attaquée soit comme inexistante, soit comme nulle. A s'en tenir aux termes de l'article 1319, on le pourrait croire. Après avoir dit que l'acte authentique fait pleine foi, la loi ajoute que l'exécution de l'acte sera suspendue ou pourra l'être lorsqu'il y a une plainte en faux; de là on pourrait conclure qu'il faut nécessairement une plainte en faux pour que l'exécution soit suspendue. Cette interprétation doit être rejetée; elle confond l'acte avec la convention : l'acte authentique est exécutoire, et il conserve cette force jusqu'à ce qu'il y ait une plainte en faux. Mais si la convention même est attaquée parce qu'elle est inexistante ou nulle, le juge ne peut-il pas décider qu'en attendant l'issue du procès le créancier ne pourra pas procéder à l'exécution? Il a été jugé que le juge a ce droit (2); la décision est certes fondée en raison : conçoit-on que l'on puisse exécuter une convention dont l'existence ou la validité est contestée? Comme le créancier pourrait se prévaloir de l'article 1319, le juge doit avoir le droit d'arrêter l'exécution jusqu'à ce que le débat soit vidé. Dira-t-on que cela est contraire à l'article 1319? Nous répondons avec la cour de Gand que l'article 1319 prévoit un cas tout différent, celui où l'acte est attaqué comme faux ou falsifié; si l'exécution de l'acte peut être suspendue par le juge alors qu'il ne s'agit que de la preuve, on doit admettre à plus forte raison que le juge a le droit de suspendre l'exécution de la convention quand l'existence ou la validité de la convention est sérieusement contestée. Nous disons contestée sérieusement; le juge doit apprécier les motifs que le demandeur fait valoir; si ce n'est qu'une chicane pour échapper à l'exécution de ses obligations, le juge n'en tiendra aucun compte.

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Bruxelles; elle a jugé que l'article 1319 était exceptionnel et limita-

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 72, n° 65. Comparez Duranton, t. XIII, p. 74, n° 85.
(2) Gand, 14 janvier 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 91).

tif; de sorte que, hors le cas de plainte en faux, criminelle ou civile, l'acte devrait recevoir son exécution (1). Nous répondons que les termes de l'article ne sont pas restrictifs, et la loi n'est exceptionnelle qu'en ce qui concerne la foi due à l'acte. Or, dans l'espèce, il ne s'agit pas de la force probante de l'acte, il s'agit de la validité ou de l'existence de la convention.

149. Suffit-il qu'il y ait une plainte en faux pour que l'exécution de la convention soit suspendue? L'article 1319 distingue entre la plainte en faux *principal* et la plainte en faux *incident*. La distinction est mal formulée. On entend par plainte en faux une dénonciation faite à la justice, par laquelle une personne prétend qu'un acte a été fabriqué ou falsifié à son préjudice et demande qu'il soit supprimé en tout ou en partie. La plainte peut être formée contre l'auteur du faux; elle donne lieu, en ce cas, à une procédure criminelle; c'est ce que l'article 1319 appelle plainte en faux principal; l'expression n'est pas exacte, car la plainte peut aussi être faite incidemment. Si le plaignant n'attaque pas l'auteur du faux, la plainte est civile et se porte devant les tribunaux civils; c'est l'acte seul qui est attaqué, sauf au ministère public à poursuivre si la procédure constate le faux et fait connaître le coupable. C'est ce que l'article 1319 appelle inscription de faux *incident*, parce que d'ordinaire elle se fait *incidemment*, c'est-à-dire pendant le cours d'une instance civile; mais rien n'empêche d'intenter une action principale devant un tribunal civil tendant à déclarer un acte faux ou falsifié. Il ne faut donc pas distinguer les plaintes en faux selon qu'elles sont principales ou incidentes, il faut les distinguer suivant que la plainte est dirigée au criminel contre l'auteur de l'acte, ou au civil contre l'acte.

L'article 1319 dispose qu'en cas de plainte en faux criminel, l'exécution de l'acte argué de faux *sera suspendue* par la mise en accusation, c'est-à-dire par l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui renvoie le prévenu devant la cour d'assises. C'est une innovation; dans l'an-

(1) Bruxelles, 31 octobre 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 512).

cien droit, l'exécution de l'acte n'était pas suspendue, on exigeait une condamnation et, dans ce cas, l'acte était supprimé. Bigot-Préameneu expose les motifs de cette innovation. « Sans doute, dit-il, il ne doit pas dépendre de la personne obligée de suspendre son engagement par une plainte en faux; mais si le prévenu a été mis en accusation, n'y a-t-il pas trop d'inconvénients à une exécution provisoire dont l'effet peut être irréparable? » Il y a certes une grave probabilité de faux quand, après une instruction faite par le premier juge et une ordonnance rendue par la chambre du conseil, la cour d'appel prononce un arrêt de mise en accusation. Cette probabilité de faux l'emporte sur la foi due à l'acte. « En cas d'inscription de faux faite incidemment (c'est-à-dire de plainte civile), les tribunaux pourront, *suivant les circonstances*, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. » Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire : ils peuvent suspendre l'exécution s'il y a des apparences de fausseté; c'est l'expression de l'orateur du gouvernement : la probabilité du faux doit entraîner la suspension provisoire de l'exécution de l'acte (1).

150. On admet que les juges peuvent, sans inscription de faux préalable, déclarer faux et rejeter comme tel un acte authentique dont la forme présente des caractères de fausseté si évidente, qu'à vue d'œil le juge peut décider qu'il est falsifié. C'est la doctrine de Merlin, et elle est consacrée par la jurisprudence(2). Toutefois Merlin distingue entre le faux *formel* et le faux *matériel*. Le faux formel se commet lorsqu'on fabrique de faux actes auxquels le faussaire attache la signature du notaire qu'il a contrefaite. Il y a faux matériel lorsque l'on altère un acte véritable par des additions, des interpolations, etc. Merlin dit que l'inscription en faux est indispensable quand il s'agit d'un faux formel, parce que c'est la seule

(1) Duranton, t. XIII, p. 88, nos 93 et 94, et p. 71, nos 82 et 83. Toullier. t. IV, 2, p. 70, n° 62. Colmet de Santerre, t. V, p. 542, n° 82 *bis* XVII Larombière, t. IV, p. 265, n° 23 de l'article 1319 (Éd. B., t. II, p. 511).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 368 et note 42 du § 755. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Inscription de faux*, § 1 (t. VIII, p. 263).

voie par laquelle on puisse arriver à la preuve du faux; tandis que la falsification d'un acte peut être visible et rendre l'inscription inutile. Il nous semble que cette doctrine déroge au pouvoir discrétionnaire du juge(1). L'article 214 du code de procédure dit que celui qui prétend qu'une pièce est fausse peut, *s'il y échet*, être reçu à s'inscrire en faux. Le juge a donc un pouvoir absolu : il peut admettre ou rejeter l'inscription; s'il la rejette, il peut déclarer que l'acte est rejeté comme faux, sans qu'il soit besoin de recourir à la procédure de l'inscription en faux. Pourquoi ordonner une instruction quand le juge est convaincu de l'existence du faux par les faits et les circonstances de la cause (2)? La jurisprudence paraît exiger au moins une plainte, sauf au juge à rejeter l'acte sans continuer la procédure. Il y a une raison qui justifie cette restriction; aux termes de l'article 215 (C. de pr.), celui qui voudra s'inscrire en faux sera tenu préalablement de sommer l'autre partie de déclarer si elle veut ou non se servir de la pièce. A quoi bon s'inscrire en faux et pourquoi forcer le juge à porter un jugement si la partie intéressée ne veut pas se servir de l'acte?

N° 3. QUAND L'ACTE AUTHENTIQUE FAIT-IL FOI JUSQU'A PREUVE CONTRAIRE.

I. *Des faits que l'on peut prouver par la preuve contraire.*

151. La cour de cassation a posé le principe en ces termes : « Si foi est due à l'acte authentique jusqu'à inscription de faux, ce n'est que pour les faits qui y sont énoncés par l'officier public comme s'étant passés en sa présence; mais la sincérité ou la vérité des déclarations des parties peut *toujours* être débattue par la preuve contraire, et cette preuve peut résulter même de simples présomptions, alors qu'il s'agit d'établir une fraude à la personne ou à la loi (3). » La doctrine est d'accord avec la

(1) Comparez Larombière, t. IV, p. 262-264, n° 21 de l'article 1319 (Ed. B., t. II, p. 510).
(2) Rejet, 17 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Faux incident*, n° 212).
(3) Rejet, 22 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 273).

jurisprudence; seulement les auteurs ont tort, nous semble-t-il, de dire que cette foi jusqu'à preuve contraire est une *pleine foi* (1). Ce sont, il est vrai, les termes de l'article 1319; mais on critique précisément la loi pour avoir confondu dans une même expression la foi due à l'acte dans deux cas bien différents. L'expression est exacte quand l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux; cette foi est pleine, en ce sens qu'elle peut rarement être combattue, puisque l'inscription en faux suppose un crime, et les crimes sont heureusement une rare exception. Mais quand l'acte ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, peut-on dire que cette foi est pleine, alors qu'elle peut être détruite, comme le dit la cour de cassation, par de simples présomptions, ce qui est la règle à l'égard des tiers, comme nous le dirons plus loin? Il faut donc se contenter de dire que foi est due à l'acte jusqu'à preuve contraire. De là une conséquence très-importante, c'est que celui qui allègue, soit contre la personne avec laquelle il a traité, soit contre un tiers, un fait juridique constaté par un acte notarié, n'a rien à prouver; de sorte que le juge doit tenir le fait pour constant jusqu'à ce que la partie adverse ait administré la preuve contraire.

152. On a fait plus d'une fois devant les tribunaux une objection contre cette doctrine. L'acte authentique porte que les espèces ont été comptées en présence du notaire : le fait de la remise est prouvé jusqu'à inscription de faux. Néanmoins celui à qui le payement a été fait est admis à prouver que la numération des espèces ainsi que la remise étaient simulées : n'est-ce pas prouver contre l'acte? L'article 1341 dit qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, mais la loi ne dit pas qu'aucune preuve n'est admise; on fait donc dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit, en posant en principe qu'aucune preuve n'est reçue contre et outre ce qui est constaté par l'acte authentique; la loi reproduit simplement le vieil adage que *lettres passent*

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 368 et suiv., § 755. Comparez Toullier, t. IV, 2, p. 147, n° 150.

témoins. Mais la règle que cet adage consacre n'est pas absolue, pas plus que la prohibition de la preuve testimoniale, lorsque le montant pécuniaire du fait contesté dépasse 150 francs ; les deux règles établies par l'article 1341 reçoivent des exceptions ; et l'une de ces exceptions porte que la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions sont indéfiniment admissibles dans tous les cas où le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale (art. 1348 et 1353) ; l'autre exception lui permet de prouver par témoins et par présomptions les faits dont il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347). Ces deux exceptions limitent les règles consacrées par l'art. 1341 et donnent au demandeur le droit de prouver contre et outre le contenu aux actes authentiques.

La cour de Bruxelles a appliqué ces principes au cas où l'acte constate la numération des espèces en présence du notaire ; elle a autorisé l'interrogatoire sur faits et articles de celui qui invoquait l'acte comme faisant foi du payement jusqu'à inscription de faux. On opposait l'article 1341 ; la cour répond que cette disposition, qui interdit en principe la preuve testimoniale contre et outre le contenu en l'acte, ne reçoit pas d'application à l'interrogatoire sur faits et articles ; en effet, l'article 324 du code de procédure statue que les parties peuvent toujours, en toute matière, se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents. D'un autre côté, cette preuve ne porte aucune atteinte à la foi due à l'acte authentique. L'acte prouve jusqu'à inscription de faux que les espèces ont été comptées et remises en présence du notaire ; celui qui demande à prouver que la remise a été simulée ne conteste pas le fait constaté par l'acte, il ne prouve donc pas contre l'acte, il fait preuve d'un fait que l'acte ne peut pas constater, car le notaire n'a ni mission ni qualité pour constater la sincérité des faits qui se passent devant lui, pas plus que la sincérité des déclarations que les parties lui font (1). De là suit que l'adage formulé par l'article 1341 n'est pas applicable dans l'espèce. Si lettres pas-

(1) Bruxelles, 30 mai 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 88).

sent témoins, c'est parce que les parties ont pu et dû se procurer une preuve littérale de leurs conventions. Mais on ne peut, sans déni de justice, leur défendre de prouver contre ou outre l'acte, quand il s'agit d'un fait que l'officier public ne saurait constater, parce qu'il ne peut savoir si les faits et déclarations qu'il constate sont sincères ou non.

Il faut généraliser la décision de la cour de Bruxelles et poser comme principe que l'une des parties peut prouver contre et outre le contenu en l'acte, dans tous les cas où cette preuve n'attaque point la force probante de l'acte, mais on ne peut pas faire cette preuve par témoins, sauf dans les cas où la loi admet par exception la preuve testimoniale. Si le notaire a constaté exactement les déclarations qui lui ont été faites, on peut compléter la preuve résultant de l'acte en prouvant des faits qui n'ont pas été déclarés au notaire; mais si la preuve porte sur un fait dont les parties auraient pu et dû se procurer une preuve littérale en le déclarant au notaire, alors on pourra leur opposer l'article 1341 ; elles seront admises à la preuve, mais elles ne pourront la faire par témoins. Ainsi l'acte de vente porte que la vente est pure et simple. L'une des parties peut-elle demander à prouver qu'elle est faite sous condition suspensive ou résolutoire? Oui ; ce n'est pas porter atteinte à la foi due à l'acte, le notaire n'ayant pas pu constater ce qui ne lui a pas été déclaré. Mais c'est prouver contre l'acte un fait que les parties pouvaient et devaient déclarer au notaire pour s'en procurer une preuve littérale; elles ne seront donc pas admises à le prouver par témoins (1).

153. La jurisprudence consacre ces principes. Un acte de prêt constate que la somme empruntée a été remise précédemment aux emprunteurs en espèces d'or et d'argent. Les emprunteurs soutiennent que le prétendu prêt n'est qu'un acte de garantie pour un crédit ouvert ; ce qui obligeait le créancier à prouver que les fonds avaient été

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 369 et suiv., § 755 Larombière, t. IV, p. 255, n° 11 de l'article 1319 (Ed. B., t. II, p. 508). En sens contraire, Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3118.

réellement délivrés. Cette défense fut admise par la cour de Rennes. Pourvoi en cassation pour violation des articles 1319 et 1341. La cour de cassation décida que l'article 1319 n'était pas violé, parce que l'acte ne constatait point que la numération des espèces eût été faite en présence du notaire. Quand même la numération aurait été constatée, les parties auraient pu prouver qu'elle était simulée, de même que la déclaration du payement antérieur en espèces d'or et d'argent était simulée. Seulement les deux cas diffèrent en ce qui concerne la preuve. Si l'acte avait constaté la numération des espèces, il aurait fallu s'inscrire en faux pour prouver qu'elle n'avait pas eu lieu; tandis que l'acte se bornant à dire que les espèces avaient été précédemment remises aux emprunteurs, on pouvait combattre cette déclaration par la preuve contraire, le notaire n'ayant fait que recevoir une déclaration des parties, et l'acte ne prouvant la vérité de cette déclaration que jusqu'à preuve contraire. Quant à l'article 1341, il était hors de cause, puisque les parties n'attaquaient pas l'acte, elles ne demandaient pas à prouver contre l'acte, ni même outre l'acte; elles restaient dans le droit commun qui permet de faire la preuve contraire des faits qui ne sont pas prouvés jusqu'à inscription de faux. Restait à savoir par quel genre de preuves on pouvait établir le fait litigieux. Ici l'on pouvait invoquer l'article 1341 qui interdit la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions. Mais le prêt ayant été fait en matière de commerce, l'article 1341 cessait d'être applicable, puisque le code de commerce admet la preuve par témoins et, par suite, les présomptions (1).

154. L'acte authentique constate une obligation pour deniers prêtés. Peut-on, sans s'inscrire en faux, demander à prouver que la cause est fausse et que la vraie cause de la dette consistait en fourniture de matériaux et en travaux exécutés par le créancier? L'affirmative a été jugée. Ce qui, dans l'espèce, faisait foi jusqu'à inscription de faux, c'était la déclaration de la cause faite par les par-

(1) Rejet, 25 mars 1824 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3099, 2°).

ties; mais, d'après le principe formulé par la cour de cassation (n° 151), on est toujours admis à contester par la preuve contraire la vérité des déclarations reçues par l'officier public; dès que l'on reconnaît que le notaire a constaté la cause qui lui a été déclarée, il n'y a pas lieu de s'inscrire en faux; la preuve contraire est admissible, et elle se fait d'après le droit commun, comme nous le dirons plus loin.

155. Peut-on, sans s'inscrire en faux, prouver que le consentement est vicié? La question est mal posée. Les vices de consentement concernent la validité de la convention, ils sont étrangers à la force probante de l'acte; le notaire n'a pas pour mission de constater que le consentement des parties a été libre, qu'il n'a pas été donné par erreur ni surpris par dol; donc la violence, l'erreur et le dol peuvent toujours se prouver, quand même le consentement serait constaté par acte authentique; la preuve ne concerne pas l'acte, donc la force probante de l'acte est hors de cause. La jurisprudence est en ce sens, mais elle n'est pas exempte de confusion, parce qu'elle ne distingue pas, comme elle devrait le faire, les conditions requises pour la validité de la convention des déclarations constatées par le notaire.

156. Les cas de violence sont rares. Voici une espèce singulière qui s'est présentée devant la cour de cassation, En 1813, un notaire se rend adjudicataire de montagnes en nature de pâturage, d'une grande utilité aux habitants de la commune. En 1814, un acte de cession intervint entre l'acquéreur et nombre d'habitants de Bagnères qui rachetèrent ces montagnes au prix payé par l'adjudicataire. En 1824, le notaire demande l'annulation de la cession par le motif que les habitants de la commune avaient exercé des actes de violence contre lui pour lui arracher son consentement. La cession fut annulée par la cour de Toulouse. Pourvoi en cassation pour violation des articles 1319 et 1353. L'article 1353, disaient les demandeurs, permet d'attaquer un acte pour cause de dol, en se fondant sur des présomptions; dans l'espèce, il ne s'agissait pas de dol, mais de violence. La cour répond en

notaire constate le contrat simulé; on n'en peut conclure que l'acte fait pleine foi du contrat simulé. Le notaire constate le contrat simulé sur les déclarations que lui en font les parties contractantes; il connaîtrait la simulation qu'il n'en devrait pas moins dresser acte, car il n'est pas juge, il est témoin. Quand les parties viennent ensuite attaquer l'acte comme simulé, elles ne contestent pas que le notaire ait constaté ce qui lui a été déclaré, leur action implique, au contraire; que ce que le notaire a attesté lui a été déclaré, mais elles prétendent qu'elles-mêmes ont déguisé la vérité, et elles demandent à prouver que leurs déclarations n'étaient pas sincères. Cette preuve est toujours admise, comme le dit la cour de cassation (n° 151). Mais comment se fera-t-elle? Ici vient la distinction entre les parties et les tiers; on a tort de distinguer pour ce qui regarde le droit, de faire la preuve contraire, mais on doit le faire pour le mode de preuve; nous dirons plus loin que les tiers peuvent toujours prouver la simulation par témoins, tandis que les parties, en principe, ne sont pas admises à la preuve testimoniale, sauf dans les cas où la simulation est frauduleuse.

160. La jurisprudence n'a pas fait cette distinction qui résulte de la nature des choses. De là une confusion extrême. S'agit-il des tiers, le droit qu'ils ont d'attaquer la convention comme simulée n'est pas douteux, et il n'est pas douteux non plus qu'ils puissent prouver la simulation par toute espèce de preuve. Une mère vend à son fils tous ses biens pour 32,816 fr. : 30,000 fr. pour les immeubles, 2,816 fr. pour le mobilier. L'acte notarié porte que les 2,816 fr. ont été payés comptant en présence du notaire et des témoins, de même que 10,000 francs en à-compte sur le prix des immeubles, et qu'à l'égard des 20,000 fr. restants l'acquéreur s'en est libéré en effets négociables. Par un acte postérieur, la venderesse donne quittance à son fils de cette somme, en déclarant qu'elle l'a reçue en louis ou en écus. Après sa mort, ses filles attaquent la vente comme étant une donation déguisée. Le premier juge l'annula, la cour d'appel la déclara valable; les faits constatés par l'acte de vente et la quittance, dit l'ar-

rêt, étant établis par des actes authentiques, doivent être considérés comme certains jusqu'à ce que les actes qui les attestent soient détruits par les voies légales. La cour écarte les présomptions comme inadmissibles ; la preuve testimoniale n'étant pas admise contre et outre le contenu aux actes, à plus forte raison doit-on rejeter les présomptions, simples conjectures qui le plus souvent conduisent à l'erreur. Il y a dans cette décision à peu près autant d'erreurs que de mots. Les payements faits en présence du notaire étaient sans doute prouvés jusqu'à inscription de faux ; mais les demanderesses ne contestaient pas le fait matériel de la remise des espèces, elles prétendaient que le payement était simulé, et la preuve de la simulation est toujours admise quand l'acte est attaqué par des tiers. Cette preuve peut se faire par témoins par application du principe de l'article 1348 ; les filles dépouillées par la prétendue vente étaient certes dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de la simulation dont le but était de les dépouiller ; donc l'article 1341 n'était pas applicable (n° 152) ; et la preuve par témoins étant admise, les présomptions étaient également admissibles (art. 1353).

L'arrêt fut cassé et il devait l'être. Mais l'arrêt de cassation n'est pas non plus à l'abri de la critique. Il établit une différence entre les parties contractantes et les tiers, en confondant le droit d'agir en nullité pour cause de simulation et la preuve de la simulation. La cour ajoute, ce qui est évident, que l'article 1353 permet d'établir la fraude par de simples présomptions, mais elle a tort de limiter ce principe aux tiers ; l'article 1353 ne fait pas cette distinction, et nous dirons plus loin qu'il n'y a pas lieu de la faire (1). Nous nous permettons cette critique parce que la cour de cassation devrait donner l'exemple de la précision du langage, alors surtout qu'elle casse un arrêt qui confondait tous les principes. La cour de Bordeaux, dont la décision a été cassée, a consacré, dans un arrêt postérieur, les vrais principes en jugeant que les

(1) Cassation, 10 juin 1816 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3114, 3°).

tiers peuvent attaquer un acte authentique pour cause de simulation, sans être tenus de s'inscrire en faux (1).

Un arrêt récent de la chambre des requêtes dit qu'en cas de simulation, la sincérité ou la vérité des déclarations des parties peut toujours être débattue par la preuve contraire, et même par des présomptions offrant le caractère de preuve (2). La première partie de cette proposition est exacte (3), la seconde est trop absolue; vraie à l'égard des tiers, elle ne l'est pas entre les parties, à moins que la simulation ne soit frauduleuse. C'est ce que dit très-bien la cour de Gand en invoquant l'autorité des éditeurs de Zachariæ (4).

161. Par application des mêmes principes, il a été jugé que la mention faite par le notaire que des enfants demeurant avec leurs parents ont acheté des biens de leurs deniers peut être combattue par la preuve contraire. Cette mention est une simple déclaration émanée des parties et constatée par l'officier public; l'acte prouve bien jusqu'à inscription de faux que la déclaration a été faite, mais il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire de la sincérité de cette déclaration, laquelle, dans les circonstances de l'arrêt, est d'ordinaire simulée et déguise une libéralité que les parents font à ceux de leurs enfants qui demeurent avec eux, au préjudice des autres (5).

162. Il y a des arrêts en sens contraire; nous les mentionnons pour montrer combien il règne d'incertitude sur les vrais principes. La cour de cassation a jugé que « la simulation peut bien être alléguée par un tiers étranger à l'acte qui, suivant lui, nuirait à son intérêt, mais qu'il ne peut être permis à aucune des parties de renverser,

(1) Bordeaux, 22 janvier 1828 (Dalloz, n° 3114, 3°).
(2) Rejet, 14 juillet 1874 (Dalloz, 1875, 1, 87).
(3) Rejet, 13 juillet 1874 (Dalloz, 1875, 1, 106) : « Si, aux termes de l'article 1319, les actes authentiques font pleine foi jusqu'à inscription de faux des conventions qu'ils renferment, ce n'est que relativement aux faits qui y sont énoncés par l'officier public comme s'étant passés en sa présence, mais la sincérité même des déclarations faites par les parties peut toujours être combattue par la preuve contraire. »
(4) Gand, 20 novembre 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 88).
(5) Bruxelles, 20 avril 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 304).

sous prétexte de simulation, leur propre fait (1). » C'est une affirmation; il faudrait la prouver, et de motifs la cour n'en donne point. La cour n'a-t-elle pas décidé mille fois que l'on peut faire une donation sous forme d'un contrat de vente, et qu'une donation déguisée est parfaitement valable, pourvu que les parties soient capables de donner et de recevoir? Voilà bien une simulation; il faut qu'on puisse la prouver quand il s'agit de savoir si cette libéralité est sujette à rapport ou à réduction, si elle est révocable; or, dans l'action en révocation, les parties sont en cause; donc les parties ont le droit d'agir. Cela est d'ailleurs fondé en raison. La vérité doit l'emporter sur la simulation, donc les parties doivent toujours avoir le droit de prouver quelles sont leurs véritables conventions; quand, pour une cause quelconque, les parties déguisent leurs intentions, le contrat simulé n'a aucune valeur, il n'est pas l'expression de la volonté des parties contractantes; elles n'ont réellement pas consenti, la vente déguisée n'est pas une vente, car les parties n'ont pas voulu vendre et il n'y a pas de prix. D'après le principe de la cour de cassation, on maintiendrait donc un contrat qui n'a pas d'existence, parce qu'il manque des conditions essentielles requises pour qu'il y ait contrat!

Il est dit dans un acte notarié que deux créanciers cèdent leur créance à un tiers pour 80,000 francs, et ils reconnaissent avoir reçu cette somme formant le prix du transport. Les cédants prétendent que la cession est simulée. La cour de Paris rejeta leur action. Elle commence par poser en principe que les cédants étant parties au transport sont inadmissibles à prouver la simulation ou toute autre allégation contre ou outre son contenu. Ce principe, ainsi formulé, est contraire au texte même sur lequel on l'appuie. Nous l'avons dit plus haut (n° 152). Il est inutile d'y insister, car on voit par la suite de l'arrêt que la pensée de la cour est loin d'être aussi absolue que la mauvaise rédaction de l'arrêt. Elle dit que la

(1) Rejet, 5 décembre 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3111), et 29 juin 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3878, 3°).

preuve testimoniale n'est pas admissible, parce qu'il n y a pas de commencement de preuve par écrit (1). Cela est vrai, en général, entre les parties, d'après l'article 1341, mais ce principe aussi est trop absolu, car il reçoit exception quand la simulation est frauduleuse. La décision de la cour est bien rendue au fond, mais très-mal motivée.

Il y a un arrêt analogue rendu par la cour de Liége. Par acte authentique le demandeur s'était reconnu débiteur d'une somme de 5,000 francs pour prêt à lui fait antérieurement. Le demandeur soutenait que l'acte était simulé, qu'il avait pour but de soustraire ses biens à l'action de ses créanciers. C'était un cas de simulation frauduleuse, la partie coupable de fraude pouvait-elle être admise à en faire la preuve? La cour commence par rappeler le principe qui régit la force probante des actes authentiques; ils font foi jusqu'à inscription de faux de ce qui se passe sous les yeux du notaire et qu'il constate par suite de ses fonctions; quant aux faits qui se sont passés hors de sa présence, l'acte constate bien authentiquement la déclaration des parties, mais il n'en fait pas foi jusqu'à inscription de faux. Puis elle établit encore en principe que les parties ne peuvent, comme le pourraient les tiers, renverser leur propre fait sous prétexte de simulation. Ce sont les termes de l'arrêt de la cour de cassation de 1826 que nous venons de critiquer. Mais les termes absolus de la rédaction dépassent la pensée de la cour de Liége. Elle ajoute que les parties ayant souscrit volontairement leur convention, elles ont à s'imputer de ne pas s'être procuré une preuve écrite de cette simulation, et qu'elles ne peuvent être admises à en administrer la preuve, sauf le cas de dol et de fraude, ou un commencement de preuve par écrit (2). La fin de l'arrêt corrige ce que le commencement a de trop absolu et d'inexact. Si les parties peuvent prouver la simulation par écrit et même par témoins dans certains cas, on ne peut pas dire, comme le fait la cour, qu'il ne leur est pas permis de ren-

(1) Paris, 26 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3111).
(2) Liége, 12 août 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 60).

verser leur propre fait sous prétexte de simulation. Le droit d'attaquer l'acte pour cause de simulation est incontestable, la difficulté d'application ne concerne que la preuve.

II. *De la preuve contraire.*

163. Les actes authentiques ne font foi que jusqu'à preuve contraire de la vérité des déclarations que les parties comparantes font au notaire et que celui-ci constate. Quelle est cette preuve contraire? Cela veut-il dire que toute espèce de preuve est admise? Non; quand la loi admet la preuve contraire, comme dans l'article 1352, elle entend par là la preuve de droit commun; c'est, en effet, le droit commun qui doit recevoir son application dans tous les cas où la loi n'y déroge point, et ce n'est pas y déroger que de dire, en termes généraux, que la preuve contraire est admise : cette preuve est celle que la loi admet. La loi n'admet pas toujours toute espèce de preuve; il y a des preuves qu'elle rejette en principe et qu'elle n'admet que par exception : telles sont la preuve testimoniale et les présomptions.

S'il en est ainsi quand la loi admet formellement la preuve contraire, il en doit être de même, à plus forte raison, quand c'est la doctrine qui l'admet. L'interprète ne peut jamais déroger au droit commun, il est lié par les principes généraux qui régissent la preuve; de là suit qu'en posant en principe que l'acte authentique ne fait foi de la sincérité des déclarations que jusqu'à preuve contraire, la doctrine ne peut entendre par la preuve contraire que celle que le code définit et limite. La preuve contraire ne pourra donc se faire que d'après les règles qui régissent les diverses espèces de preuves. Quelles sont ces règles?

164. Il y a sur cette question un excellent arrêt de la cour de cassation rendu sur le rapport de M. Rau, l'un des éditeurs de Zachariæ (1). L'arrêt distingue entre les

(1) Rejet, 31 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

parties et les tiers. Quant aux tiers, il n'y a pas de doute ; ils peuvent invoquer la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions, parce que tel est le droit commun. En effet, l'article 1348 pose comme règle que la preuve testimoniale est admise, par exception aux prohibitions établies par l'article 1341, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale du fait juridique qui fait l'objet du litige. Or, les tiers étrangers à l'acte, n'en pouvant avoir connaissance, sont dans l'impossibilité absolue de se procurer une preuve littérale de la simulation qui est l'œuvre des parties contractantes. Donc ils sont dans les termes et dans l'esprit de l'article 1348. On ne peut leur opposer le vieil adage, consacré par l'article 1341, *Lettres passent témoins;* cet adage suppose que l'une des parties agit contre l'autre, qu'elle a pu et dû faire constater, dans l'écrit qui a été dressé, tout ce qui était convenu. Les tiers n'ont pas pu se procurer une preuve littérale de la simulation que les parties ont commise; donc ils sont, non dans le cas de l'article 1341, mais dans le cas de l'article 1348. La cour de cassation ajoute que les tiers peuvent faire la preuve par témoins de la simulation, quand même elle ne serait pas frauduleuse ; nous dirons plus loin que cette condition est exigée des parties contractantes, elle est étrangère aux tiers; ceux-ci puisent leur droit dans l'article 1348, lequel est conçu dans les termes les plus généraux. Il est vrai que l'article 1353, qui contient une application de l'article 1348, ne parle que de la fraude et du dol et ne mentionne pas la simulation ; mais l'article 1353 n'entend pas limiter au cas de fraude la disposition générale et absolue de l'article 1348; celle-ci reste la règle, et elle doit être appliquée à la simulation, aussi bien qu'à la fraude et au dol; pour que la preuve testimoniale ne fût point admissible en cas de simulation, il faudrait une disposition formelle qui fît exception à l'article 1348, et cette exception n'existe point dans le code, ce qui est décisif. La cour ajoute que les tiers peuvent prouver la simulation par témoins, sans être tenus de justifier de l'antériorité de leurs droits; cette justification n'est requise que

pour l'exercice de l'action paulienne; or, dans l'espèce, les tiers n'attaquent pas la convention comme faite en fraude de leurs droits, ils demandent seulement à prouver quelle est la véritable convention intervenue entre les parties. Enfin, la cour dit, ce qui va de soi, que les tiers peuvent prouver la simulation par des présomptions; c'est encore le droit commun, puisque, d'après l'article 1353, les simples présomptions sont admises dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale.

Quant aux parties contractantes, la cour de cassation formule le principe en ces termes : « Entre les parties qui ont figuré dans un acte, la simulation dont exciperait l'une d'elles ne peut, en l'absence de tout commencement de preuve par écrit et en dehors du cas de fraude à la loi, être établie par témoins ou à l'aide de simples présomptions. » Tel est, en effet, le droit commun. La preuve testimoniale et les présomptions sont rejetées en principe; l'article 1341 les rejette même, quoique le montant pécuniaire du fait litigieux ne dépasse point 150 francs, quand les parties ont dressé un acte de leurs conventions; on applique alors la maxime *Lettres passent témoins* . « il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. » La raison en est très-simple; puisque les parties rédigeaient un acte, elles pouvaient et elles devaient se procurer une preuve littérale de tout ce qui était convenu entre elles. Si la convention, telle qu'elles la déclarent au notaire, est simulée, elles pouvaient et elles devaient, aux termes de l'article 1341, s'en procurer une preuve littérale en dressant une contre-lettre, ce que la loi permet (art. 1321). Mais l'article 1341 reçoit des exceptions. La loi admet la preuve testimoniale lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (article 1347); donc la simulation peut être prouvée contre le contenu en l'acte quand le demandeur a un commencement de preuve littérale. Si la simulation est frauduleuse, la partie qui invoque la fraude peut encore la prouver par témoins; mais ici il faut faire une restriction. Pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 1348, il faut que la partie qui se plaint de la fraude n'ait pas pu s'en procu-

rer une preuve littérale : tel est le cas où la fraude a été commise contre elle; elle est alors dans l'impossibilité morale de se procurer une contre-lettre, car celui qui commet la fraude se gardera bien de lui en fournir une preuve par écrit. La cour de cassation n'entre pas dans ces distinctions, parce que, dans l'espèce qui lui était soumise, il n'y avait pas lieu de les faire; elle dit en termes généraux que la preuve testimoniale est admissible dans le cas de fraude à la loi. Quand la loi est d'ordre public, la preuve testimoniale doit toujours être admise, car il n'est jamais permis aux parties d'enfreindre les lois qui ont été portées dans un intérêt général.

165. Les principes que la cour de cassation a formulés sont admis par la doctrine; l'honorable rapporteur n'a fait qu'écrire dans l'arrêt ce qu'il avait dit dans son cours de droit civil (1). Il s'en faut de beaucoup que toutes les décisions rendues en cette matière aient la même précision. Un arrêt de la cour de Metz décide que la simulation simple ne peut être opposée par les parties contractantes contre ce qui est dit dans l'acte authentique. La cour invoque la vieille maxime : *Contrà testimonium scriptum, non fertur testimonium non scriptum*, maxime que le code consacre dans l'article 1341. Nous avons bien des fois répondu à l'objection. L'arrêt de la cour de Metz, très-faiblement motivé, considère l'adage *Lettres passent témoins* comme une base de l'ordre social. Nous ne voyons pas ce que l'ordre social a à faire dans ce débat : si l'on veut remonter aussi haut, il faut dire que l'ordre moral et, par conséquent, l'ordre social sont intéressés à ce que les vraies conventions des parties soient respectées, afin que la vérité l'emporte sur une apparence mensongère (2).

D'autres arrêts constatent qu'il existe un commencement de preuve par écrit et semblent en faire une condition pour l'admission de la preuve testimoniale. On lit dans un arrêt de la cour de cassation, « que la foi due aux actes authentiques peut être détruite par la preuve

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 370, notes 45 et 46, § 755.
(2) Metz, 3 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1033, 4°).

testimoniale et par de simples présomptions lorsqu'il existe contre la sincérité de ces actes un commencement de preuve par écrit (1). » Cela est incontestable, mais on en pourrait induire que la preuve par témoins et les présomptions ne sont pas admissibles lorsqu'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit; c'est ce que la cour de Paris a décidé (2). L'erreur nous paraît évidente. Le code pose deux règles (art. 1341) qui prohibent la preuve testimoniale; ces règles reçoivent deux exceptions : l'une quand il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347), l'autre quand il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale (art. 1348): pourquoi admettre l'une de ces exceptions et ne pas admettre l'autre?

Dira-t-on que si la simulation est commise entre les parties contractantes et de leur consentement, il dépend toujours d'elles de s'en procurer une preuve littérale, en dressant une contre-lettre? Cela n'est pas exact. La simulation peut se faire au préjudice de l'une des parties, laquelle y consent parce qu'elle est dans une position qui la force d'accepter toutes les conditions que l'autre partie lui impose. Tel est le cas où une vente est rescindable pour cause de lésion; l'acte porte qu'elle est faite pour 7,200 francs, tandis que le prix réel est de 4,200. La simulation a lieu, dans ce cas, pour empêcher le vendeur d'agir en rescision; et l'acheteur se gardera bien de souscrire une contre-lettre qui serait la preuve de la lésion et, par conséquent, de la nullité du contrat. Il faut donc permettre au vendeur de prouver par témoins et par présomptions que le prix porté à l'acte n'est pas le véritable prix. C'est ce que la cour de cassation a décidé en posant en principe que la preuve contraire, admise en cas de simulation, peut résulter de simples présomptions, alors qu'il s'agit d'établir une fraude *à la personne ou à la loi* (3).

(1) Rejet, 7 mars 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3113, 1°). Paris, 26 novembre 1836 (Dalloz, n° 3111).
(2) Paris, 7 décembre 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3104, 2°).
(3) Rejet, 22 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 273).

166. Il y a d'autres preuves qui sont de droit commun, l'aveu et le serment; la loi les admet dans toutes les contestations, à moins qu'il n'y ait un motif d'ordre public qui s'y oppose. Chaque partie peut toujours faire interroger l'autre sur faits et articles; si la partie interrogée fait un aveu, cet aveu fera pleine foi contre elle; donc il peut être invoqué pour prouver la simulation (1). Vainement dirait-on que c'est prouver contre le contenu en l'acte; l'article 1341 est hors de cause, puisque l'on n'invoque pas la preuve testimoniale.

Le serment est aussi admis dans quelque espèce de contestations que ce soit. Donc on peut l'invoquer pour prouver la simulation contre le contenu en l'acte (2).

N° 4. DES ÉNONCIATIONS.

I. *Force probante des énonciations entre les parties.*

167. L'article 1320 distingue entre la *disposition* et les *énonciations*. On entend par *dispositions* ou *dispositif* le fait juridique que les parties veulent constater par un acte authentique ou sous seing privé afin d'en avoir une preuve littérale. On appelle *énonciations* les déclarations constatées dans l'acte, qui ne sont pas un élément du dispositif, de sorte qu'elles pourraient être retranchées sans que l'acte devînt incomplet. Quelle est la force probante des énonciations? L'article 1320 distingue : « L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi, entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve. »

Quels sont les motifs de cette distinction? Il y a une différence entre les déclarations incidentes que font les parties et les déclarations principales; celles-ci ont une force probante qu'il serait imprudent de reconnaître tou-

(1) Bruxelles, 19 septembre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 282); 30 mai 1840 (*ibid.*, 1841, p. 88).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 370 et note 45.

jours aux autres. Les parties font nécessairement attention aux déclarations principales que l'acte a pour objet de constater, car c'est pour en avoir une preuve littérale qu'elles en dressent acte. Mais les déclarations incidentes peuvent ne pas avoir la même importance. De là la nécessité de distinguer. Quand l'énonciation a un rapport direct à la disposition, il est certain qu'elle frappera l'attention des parties intéressées ; on peut être sûr qu'elles ne permettront pas de constater, fût-ce incidemment, une déclaration qui pourrait leur être préjudiciable. Si, au contraire, l'énonciation est étrangère à la disposition, les parties n'y feront pas attention, parce qu'elles leur sont indifférentes, au moins pour le moment. Il y aurait danger de reconnaître à ces énonciations indirectes la même foi que l'on attache aux énonciations directes et au dispositif. Voilà pourquoi la loi décide que les énonciations directes font foi comme la disposition principale, tandis que les énonciations indirectes ne servent que d'un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire qu'elles permettent de prouver par témoins le fait litigieux.

168. Le code a emprunté cette théorie à Pothier. Nous citerons, pour la faire comprendre, les exemples que Pothier donne pour l'expliquer et pour la justifier.

Un acte ayant pour objet la reconnaissance d'une rente porte : « Je reconnais qu'une telle maison par moi possédée est chargée envers Pierre, présent, d'une rente annuelle de 1,000 francs. » Voilà le dispositif. Vient ensuite l'énonciation suivante : « Dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour. » C'est une énonciation, car elle pourrait être retranchée ; l'acte n'en prouverait pas moins le fait juridique qu'il a pour but de constater, l'existence d'une rente dont une maison est grevée au profit de Pierre. Cette énonciation a un rapport direct avec la disposition, puisqu'elle constate le payement des arrérages de la rente ; toutefois ce n'est pas une quittance, dit Pothier, car Pierre ne déclare pas avoir reçu les arrérages échus ; néanmoins l'énonciation fera foi du payement à l'égard de Pierre. Pourquoi ? Si les arrérages n'avaient pas été payés, Pierre s'opposerait à ce qu'on mentionnât

le payement dans l'acte, et il est trop intéressé à le contester pour que l'on puisse croire que cette énonciation a passé inaperçue. Donc, en signant l'acte, il s'approprie cette énonciation, en ce sens qu'elle fait foi contre lui comme s'il avait donné quittance.

Un acte de vente porte que l'héritage que je vends me vient de la succession de mon oncle, dont je suis l'héritier unique. Voilà une énonciation, elle est indirecte, car elle est étrangère au dispositif; elle ne fait donc pas foi. Pothier suppose qu'un tiers veuille s'en prévaloir pour intenter contre moi une action en pétition d'hérédité. Pour rester dans la théorie du code, il faut supposer que c'est l'acheteur qui voudrait plus tard intenter une action en pétition d'hérédité contre le vendeur. Supposition si improbable que Pothier n'a sans doute pas voulu la faire. L'acheteur intente donc l'action contre moi, vendeur : peut-il invoquer la déclaration que j'ai faite que cet immeuble me vient de la succession de mon oncle? Non, sauf à titre de commencement de preuve par écrit. Pourquoi pas comme aveu et preuve complète? Nous transcrivons la réponse de Colmet de Santerre, empruntée pour le fond à Pothier. L'acheteur n'avait pas aperçu, dit-on, lors de la rédaction de l'acte de vente, quel intérêt il aurait à contester plus tard les prétentions du vendeur; il n'a pas remarqué ou n'a pas contesté la déclaration, parce qu'elle lui était alors indifférente; par suite l'énonciation ne peut pas être invoquée comme une reconnaissance que le vendeur ferait des droits de son adversaire. L'énonciation peut seulement rendre vraisemblable le fait allégué, elle servira de commencement de preuve par écrit (1).

169. La jurisprudence sur cette matière est très-rare. Un contrat de mariage est passé en présence et du consentement de la mère de la future. Les contractants sont plusieurs fois qualifiés, dans l'acte, de futurs époux; il y est énoncé qu'en vue du mariage proposé les parties en ont arrêté les conventions civiles ainsi qu'il suit: « Le ré-

(1) Pothier, *Des obligations*, n[os] 736 et 737. Colmet de Santerre, t. V p. 540, n[os] 282 *bis* XII et XIII.

gime dotal est adopté; la future se constitue en dot un trousseau avec déclaration que l'estimation n'en vaut pas vente, et divers immeubles; les futurs époux se font une donation en usufruit ». La femme meurt sans enfants en instituant sa mère légataire universelle. Des difficultés s'élèvent sur le régime sous lequel les époux étaient mariés. La légataire soutient que le contrat de mariage avait été signé après la célébration du mariage qui avait eu lieu à huit heures du matin; ce qui rendait le contrat nul et, par suite, les époux se trouvaient mariés sous le régime de la communauté légale. De là la question de savoir quelle était la force probante des énonciations portant que les contractants étaient de futurs époux et que les conventions étaient arrêtées en vue du mariage projeté. Faisaient-elles foi jusqu'à inscription de faux? Non, dit la cour de Riom; ce sont des énonciations étrangères à la disposition, car elles n'ont aucun rapport direct avec les conventions matrimoniales et avec les engagements contractés par les parties. Pourvoi en cassation. La cour confirma l'arrêt. Le notaire, dit-elle, n'a pas constaté l'heure à laquelle les conventions matrimoniales ont été signées; donc la légataire, en demandant à prouver que la signature avait eu lieu après la célébration du mariage, ne demandait pas à prouver que le notaire avait commis un faux, elle ne devait donc pas s'inscrire en faux. Qui était l'auteur des énonciations attaquées? L'acte ne le disait pas. Etait-ce le notaire? Il n'avait pas qualité pour constater le fait, donc l'énonciation ne faisait aucune foi. Etaient-ce les parties, et le notaire s'était-il borné à recevoir leurs déclarations? Dans ce cas, l'acte faisait foi jusqu'à inscription de faux que les déclarations avaient été faites, mais l'acte ne prouvait pas la vérité de ces déclarations; on pouvait donc les combattre par la preuve contraire (1). On voit que la cour se place sur le terrain des principes généraux sur la force probante des actes authentiques, elle n'examine pas si les énonciations sont

(1) Rejet, chambre civile, 18 août 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 312).

directes ou indirectes, elle décide la contestation d'après le droit commun.

170. Un billet à ordre est causé valeur reçue comptant *par une reconnaissance du* 16 *courant*. Cette énonciation est-elle étrangère à la disposition principale dans le sens de l'article 1320? Oui, dit la cour de Paris. Le billet, comme tel, est complet dès qu'il porte : *valeur reçue comptant*. Donc les mots qui suivent, inutiles à la validité de l'acte, n'ont aucun rapport direct avec le dispositif. En conséquence, il faut appliquer l'article 1320 en ce qui concerne la force probante des énonciations indirectes. Sur le pourvoi, intervint un arrêt de rejet; la cour de cassation dit que le premier juge n'a fait qu'user du droit qui lui appartient d'apprécier le sens et, par suite, les effets des actes (1). C'est la seule décision que nous connaissions où l'on invoque formellement l'article 1320. L'arrêtiste la critique avec raison, croyons-nous, au point de vue de l'appréciation du fait, c'est-à-dire du sens et de l'effet de l'énonciation litigieuse. Nous n'entrons pas dans ce débat, parce qu'il porte sur une pure question de fait.

171. Telle est la théorie du code sur la force probante des énonciations entre les parties. Il l'a empruntée à Pothier; nous dirons plus loin que Pothier a mal interprété la doctrine que Dumoulin a exposée sur cette matière. Dumoulin ne parle pas de la force probante des énonciations, en ce sens qu'il ne distingue pas les énonciations du dispositif, il les met sur la même ligne. C'est la vraie théorie. Une énonciation est une déclaration émanée de l'une des parties. Pourquoi cette énonciation ne ferait-elle pas la même foi que les autres déclarations? Quand elle est directe, la loi l'assimile au dispositif. En réalité, l'énonciation directe est une disposition incidente. Dans l'exemple donné par Pothier, l'énonciation faite dans l'acte que les arrérages ont été payés, énonciation acceptée par le créancier, signée par lui, est une vraie reconnaissance

(1) Rejet, 4 mars 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3128, et la critique de Dalloz).

du payement des arrérages, c'est-à-dire une quittance; ainsi l'acte contient deux dispositions, d'abord la reconnaissance de la rente, ensuite la reconnaissance du payement. Il n'y a donc pas à distinguer l'énonciation directe de la disposition.

Quant à l'énonciation indirecte, elle ne forme pas une disposition. C'est une déclaration purement unilatérale faite par l'une des parties, étrangère à l'autre; celle-ci, tout en signant l'acte, ne s'approprie pas une déclaration qui n'émane pas d'elle et qu'elle est dans l'impossibilité de contrôler. Il suit de là que cette déclaration ne devrait faire foi que contre la partie qui l'a faite; et elle devrait faire foi, comme toute déclaration, jusqu'à inscription de faux quant au fait matériel, et jusqu'à preuve contraire quant à la sincérité. A l'égard de l'autre partie, l'énonciation indirecte ne devrait faire aucune foi, parce que la déclaration lui est étrangère. Le code dit que cette énonciation ne peut servir que d'un commencement de preuve. Un commencement de preuve suppose une déclaration émanée de celui à qui on l'oppose (art. 1347); or, peut-on dire qu'une énonciation faite par l'une des parties, étrangère à l'autre, émane de celle-ci? Non; sa signature certifie bien que la déclaration a été faite par l'autre partie, mais il n'en résulte pas que la déclaration émane de celui qui ne l'a pas faite et qui n'entend pas se l'approprier.

II. *De la force probante des énonciations à l'égard des tiers.*

172. Les énonciations font-elles foi à l'égard des tiers? L'article 1320 semble décider la question négativement, en disant que l'acte fait foi *entre les parties* des énonciations directes. N'est-ce pas dire implicitement que l'énonciation ne fait pas foi à l'égard des tiers? Toullier interprète la loi en ce sens; mais il suffit de lire ce qu'il dit pour se convaincre qu'il confond la foi due à l'acte avec l'effet que produisent les conventions. Les énonciations, dit-il, sont, à l'égard des tiers, une chose absolument étrangère. Pourquoi plus étrangère que le dispositif? Pourquoi, dans l'exemple donné par Pothier, la recon-

naissance du payement est-elle étrangère aux tiers, tandis que la reconnaissance de la rente ne leur est pas étrangère? L'expression que l'énonciation est étrangère aux tiers implique déjà que Toullier entend parler de l'effet de l'énonciation, tandis qu'il est question seulement de sa force probante. Toullier continue et dit que l'énonciation ne peut *préjudicier* aux tiers, ni les *obliger*, ni faire contre eux aucun degré de preuve. Ici la confusion est complète. En disant que l'énonciation ne peut *obliger* les tiers, Toullier reproduit le principe formulé par l'article 1165, c'est-à-dire le principe qui régit l'*effet des obligations*. Non, certes, les énonciations n'*obligent* pas les tiers; mais n'en est-il pas de même du dispositif? Toullier cite, à l'appui de son interprétation, un passage de Dumoulin; or, Dumoulin parle, non de la *foi* due aux énonciations, mais de l'*effet* qu'elles produisent, comme nous le dirons plus loin. Toullier cite donc Dumoulin à faux, comme il interprète le code à faux. Il finit par dire : « La raison en est qu'on ne saurait présumer que les tiers aient donné aucune approbation à ces énonciations (1). » Il s'agit de la foi due aux énonciations; est-ce que par hasard les actes font foi à l'égard des tiers parce que ceux-ci y donnent leur approbation? Est-ce que les tiers *approuvent* le dispositif que l'on invoque contre eux? Ainsi Toullier confond la force probante des actes et l'effet des contrats à l'égard des tiers. Cependant lui-même a écrit que l'on ne saurait trop répéter que l'on ne doit pas confondre la foi due aux actes et l'effet des obligations. Cela prouve combien la confusion est facile en cette matière. C'est notre excuse de ce que nous y insistons tant.

Duranton est tout aussi confus. « Les énonciations, dit-il, même directes, ne prouvent pas la *vérité* du fait énoncé à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties à l'acte. Est-ce que par hasard l'acte fait foi de la *vérité* des déclarations quelconques, soit à l'égard des tiers, soit entre les parties? Jusqu'à preuve contraire, oui, mais non jusqu'à inscription de faux. Et pourquoi n'en serait-il pas de

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 153, n° 161.

même des énonciations qui sont aussi des déclarations? Duranton cite cet exemple : « Il est énoncé dans l'acte de vente d'une maison que cette maison a un droit de vue sur la maison voisine. Cette énonciation, quoique directe à la disposition, ne fait aucune preuve contre le propriétaire de la maison, puisqu'il n'a point été partie à l'acte, et qu'il n'a pas dû dépendre du vendeur de grever par sa volonté cette maison d'une servitude (1). » Voilà une nouvelle confusion. Non, évidemment, celui qui n'est pas propriétaire d'une maison ne peut la grever d'une servitude; mais la question de savoir si une servitude est valablement établie est une question concernant l'*effet* des *contrats*, et nous parlons de la *foi* due à l'*acte*. L'acte prouve, à l'égard de tous, que le vendeur a fait telle déclaration, mais la déclaration ne peut certes pas créer à charge d'un tiers ni obligation ni droit réel.

173. L'interprétation que Toullier et Duranton donnent à l'article 1320 est rejetée par les auteurs modernes. Ils disent que l'énonciation directe fait la même foi à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties. Ainsi, dans l'exemple donné par Pothier, le payement des arrérages énoncé dans l'acte de reconnaissance d'une rente est prouvé à l'égard des tiers; le débiteur peut l'opposer à un créancier qui saisirait la rente, de même qu'au cessionnaire de la rente. En théorie, cette opinion n'est pas douteuse; nous l'avons justifiée d'avance en disant que l'énonciation directe ne diffère pas de la disposition, elle doit donc faire la même foi. Mais comment concilier cette doctrine avec le texte qui semble restreindre aux parties la force probante des énonciations? On répond que le texte est mal rédigé. L'article 1319 dit aussi que l'acte authentique fait foi de la convention *entre les parties contractantes* et leurs héritiers ou ayants cause; ce qui n'empêche pas tous les auteurs d'enseigner que l'acte authentique fait la même foi à l'égard des tiers. Si l'on écarte l'article 1319 comme étant mal rédigé, pourquoi se croit-on lié par la mauvaise rédaction de l'article 1320? L'erreur

(1) Duranton, t. XIII, p. 93, n° 98.

est la même dans les deux articles, il faut donc en faire abstraction pour s'en tenir aux vrais principes (1).

Quelle est la force probante des énonciations indirectes à l'égard des tiers? Entre les parties, elles servent de commencement de preuve : ont-elles la même foi à l'égard des tiers? Aubry et Rau répondent que les énonciations indirectes ne peuvent pas servir de commencement de preuve quant aux tiers, parce qu'elles n'émanent pas d'eux (2). Que les parties contractantes ne puissent pas s'en prévaloir contre les tiers, cela est d'évidence. Mais les tiers ne peuvent-ils pas invoquer ces énonciations contre les parties? Dans notre opinion (n° 171), il faut distinguer. L'énonciation indirecte est une déclaration unilatérale faite par l'une des parties; à son égard, l'article 1347 est applicable, les tiers peuvent se prévaloir de la déclaration émanée de la partie et constatée à l'acte, avec cette restriction que, dans le système du code, l'énonciation indirecte ne peut servir aux tiers que d'un commencement de preuve : c'est la foi qu'elle fait entre les parties, et l'on ne saurait admettre qu'elle ait une foi plus grande en faveur des tiers. Mais les tiers ne pourraient pas opposer cette déclaration à la partie qui ne l'a pas faite, puisqu'elle n'émane pas d'elle.

174. La jurisprudence ne fait qu'augmenter l'incertitude qui règne en cette matière. Nous ne connaissons qu'un arrêt sur la force probante des énonciations à l'égard des tiers; il se prononce en faveur de l'interprétation de Toullier et de Duranton. La cour de cassation pose en principe que l'acte authentique ne fait foi des énonciations directes qu'entre les parties contractantes, qu'à l'égard des tiers l'acte ne prouve que le fait même de la convention dont il est l'instrument. C'est la théorie de Pothier, nous allons prouver qu'elle est fausse. La cour, du reste, ne discute pas, elle ne prouve pas, elle affirme, comme s'il s'agissait d'un axiome. Dans un acte authentique portant partage de la succession maternelle, il est déclaré

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 371, et notes 47 et 48, § 755. Marcadé, t. V, p. 25 et 26, n° II de l'article 1319.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 372, note 50, § 755.

qu'un immeuble qui avait été recueilli dans la succession paternelle, faisait partie de la succession maternelle. L'énonciation était directe. Cette énonciation, dit l'arrêt, émanée des parties seules, se référant à un fait antérieur, accompli hors la vue et sans la participation du notaire, ne peut pas faire foi contre un tiers, ni être invoquée au préjudice de ses droits (1). Non, certes, le notaire ne peut pas attester la vérité du fait énoncé. Mais n'en est-il pas de même de toutes les déclarations que les parties lui font? La cour confond deux questions bien différentes : l'acte fait-il foi de l'énonciation à l'égard des tiers? l'acte fait-il foi jusqu'à inscription de faux, ou seulement jusqu'à preuve contraire? Dans l'espèce, tout ce qui était prouvé par l'énonciation, c'est que les copartageants l'avaient faite; il ne pouvait être question de donner force obligatoire à cette déclaration contre les tiers. Ceux-ci, dit la cour, avaient un droit acquis, ils le conservaient, sauf à prouver leur droit acquis; ce qu'ils pouvaient faire nonobstant l'énonciation, celle-ci ne faisant foi que jusqu'à preuve contraire. On voit que la cour de cassation confond la foi due à l'acte avec l'effet de la déclaration. C'est la confusion que l'on reproche au code, et le reproche, comme nous allons le dire, remonte jusqu'à Pothier.

175. Les articles 1319 et 1320 sont mal rédigés; tout le monde en convient pour ce qui regarde l'article 1319, et nous venons de dire que, dans l'opinion des auteurs modernes, il en est de même de l'article 1320. On peut corriger l'article 1319 en l'interprétant par le rapport de Jaubert (n° 134); toujours est-il que la rédaction est mauvaise, puisqu'elle a besoin d'être corrigée. Dans l'article 1319, il faut effacer les mots : *entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause*. Et dans l'article 1320, il faut effacer les mots *entre les parties*. Pourquoi les auteurs du code restreignent-ils la force probante de l'acte authentique aux parties, alors que l'acte notarié, par son essence, fait la même foi à l'égard de tous? Le code confond la force probante de l'acte avec

(1) Rejet, chambre civile, 21 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 66).

l'effet de la convention. Nous avons bien des fois fait la distinction ; elle est nettement formulée par Jaubert dans son rapport au Tribunat, elle est élémentaire. D'où vient la mauvaise rédaction de la loi? On accuse Pothier ; et, bien que les reproches qu'on lui adresse soient exagérés, il faut avouer qu'il les mérite au moins pour ce qui regarde la force probante de l'acte à l'égard des tiers, notamment quant aux énonciations qu'il renferme. L'erreur de Pothier est d'autant plus étrange qu'il avait sous les yeux le passage de Dumoulin qui établit les principes avec sa netteté habituelle, mais, il faut l'avouer, dans un latin obscur (1); s'il avait écrit en français, il eût été impossible de s'y tromper, et bien des controverses auraient été prévenues.

Dumoulin accuse, en termes très-durs, les docteurs de confondre la *preuve* des *actes* avec l'*effet* des *conventions* qui y sont constatées ; ils appellent *prouver*, dit-il, ce qui en réalité signifie *faire droit ;* en ce sens, les actes ne *prouvent* certainement pas à l'égard des tiers, puisque les conventions ne créent de droits et d'obligations qu'entre les parties; mais le fait que ces conventions ont été contractées est prouvé à l'égard de tous, puisqu'il est de l'essence de l'acte authentique de faire foi à l'égard de tous, tiers ou parties, peu importe. En posant comme principe que l'acte authentique fait foi à l'égard de tous, Dumoulin entend-il distinguer entre le dispositif et les énonciations? Il commence par faire la distinction que la plupart des praticiens négligeaient : la *preuve* des conventions et des faits constatés dans l'*acte* et l'*effet* des *conventions*. S'agit-il de la *preuve,* il n'y a pas à distinguer les tiers des parties, l'acte authentique faisant foi à l'égard de tous. S'agit-il de l'*effet* des conventions, alors il faut distinguer les parties, leurs héritiers ou ayants cause et les tiers; la *convention* n'a d'*effet* qu'entre les *parties,* elle n'en a aucun à l'égard des *tiers*. Dans le développement de cette pensée, le langage de Dumoulin devient obscur, parce qu'il

(1) Dumoulin, *Commentaire sur la coutume de Paris,* tit. I des *Fiefs,* § VIII, nos 8-10 (t. I, p. 156 et suiv.).

traite tout ensemble de la *preuve* de l'acte et de l'*effet* des *conventions*. Entre les parties, l'acte fait pleine foi et il les oblige; à l'égard des tiers, il prouve, mais les tiers ne sont pas obligés. A ce sujet, il parle des énonciations dont il n'avait rien dit tant qu'il ne s'agissait que de la preuve; ce qui démontre que, dans sa pensée, il n'y avait pas lieu de distinguer, les énonciations faisant partie de l'acte et l'acte faisant une foi égale de tout ce qu'il constate. Entre les parties, Dumoulin fait une restriction pour les énonciations, mais ce qu'il en dit ne concerne que la preuve; il n'admet pas que les énonciations aient une force probante aussi grande que la disposition principale : si l'on invoque les énonciations séparément de la disposition principale, de sorte que le litige ne porte que sur les énonciations, alors elles ne font qu'une demi-preuve; cela confirme ce que nous venons de dire, qu'en général les énonciations, considérées comme dépendance de la disposition, font la même foi que les dispositions. Il est difficile de préciser ce que Dumoulin entend par énonciations considérées séparément de la disposition principale, peut-être sont-ce les énonciations indirectes qui n'ont aucun rapport avec le dispositif; Dumoulin leur attribue une moindre foi, elles ne font qu'une demi-preuve, dit-il. C'est à peu près la théorie de l'article 1320.

Dumoulin arrive après cela aux tiers, il s'agit toujours de l'*effet* des *conventions*. Il décide naturellement que les conventions n'ont aucun effet à l'égard des tiers. Ce sont ces paroles dont Pothier et, après lui, Toullier se sont emparés pour en induire que les actes ne font pas foi contre les tiers, notamment les énonciations. Dumoulin ne parle plus des énonciations quand il est question de l'effet des conventions, parce qu'il est par trop évident que si les *conventions* n'ont pas effet à l'égard des tiers, il en est de même des *énonciations*. Il finit par dire que l'acte authentique est authentique à l'égard de tous et fait, par conséquent, foi à l'égard de tous.

Quant à la force probante des énonciations, Dumoulin n'en parle qu'incidemment; en posant le principe qui régit la force probante, il fait une réserve pour les énonciations

qui sont étrangères à la disposition. Les énonciations, en général, restent donc dans la règle; elles se confondent avec le dispositif, et elles ont la même foi à l'égard des parties et des tiers.

176. Pothier et Toullier à sa suite se sont donc trompés en disant que l'acte authentique ne fait pas foi des énonciations directes à l'égard des tiers. Ils se sont trompés en invoquant l'autorité de Dumoulin pour établir ce prétendu principe. Dumoulin ne dit rien des énonciations en ce qui concerne leur force probante à l'égard des tiers; tout ce que l'on peut induire de ses paroles, c'est que les énonciations étrangères à l'acte ne font pas pleine foi à l'égard des tiers, mais seulement une demi-preuve.

Nous disons que les reproches que l'on a adressés à Pothier sont exagérés (1). Pothier n'enseigne pas que les actes authentiques ne font aucune foi à l'égard des tiers. En traitant des énonciations, Pothier dit que les actes font foi *principalement* contre les personnes qui y sont parties, leurs héritiers et ayants cause; il ne dit pas *exclusivement*. D'après lui, les actes font foi de la convention. Il entend par là que l'acte ne fait pas foi contre les tiers de ce qui y est énoncé. Mais l'exemple qu'il donne fait croire qu'il entend dire que l'acte ne donne aucun *droit* aux parties contre les tiers; c'est l'exemple reproduit par Duranton (n° 172). Sous ce rapport, il y a confusion de la *foi* due à l'acte avec le *droit* qui en résulte pour les parties. Puis Pothier dit que les énonciations ne font pas une preuve entière, même contre les personnes qui ont été parties à l'acte. L'exemple qu'il donne est celui que les auteurs modernes ont répété (n° 168), mais Pothier l'applique aux tiers. « Dans le contrat de vente d'un héritage que Pierre m'a faite, il est énoncé que cet héritage lui vient de la succession de Jacques; un *tiers* qui, comme héritier partiel de Jacques, aura donné contre moi la demande en revendication de sa portion en cet héritage ne pourra pas, pour fonder sa demande, prouver

(1) Marcadé, t. V, p. 25, n° II de l'article 1319.

par cette seule énonciation qui se trouve en mon contrat que cet héritage était effectivement de la succession de Jacques. » Pothier reconnaît donc une certaine force probante à cette énonciation, quoique indirecte, en faveur des tiers. A plus forte raison, l'énonciation directe doit-elle prouver en faveur des tiers. Si ensuite Pothier dit que l'acte ne fait pas foi *contre* un tiers de ce qui est énoncé, cela signifie, à en juger par l'exemple qu'il cite, que cette énonciation ne donne aucun droit aux tiers (1). Ainsi interprétée, la doctrine de Pothier est à peu près celle de Dumoulin; il n'a qu'un tort, c'est de dire en termes absolus que l'énonciation ne fait pas foi contre les tiers; ce que Dumoulin, cité par Pothier, ne dit pas, et il a tort de donner comme exemple de la preuve que fait l'acte un cas où il est question du *droit* qui en résulterait en faveur des parties contre un tiers.

177. Les auteurs du code ont encore poussé plus loin la confusion que nous venons de signaler dans Pothier (2). Ils ne disent rien de la force probante de l'acte authentique à l'égard des tiers; et les articles 1319 et 1320, qui traitent de la force probante de l'acte entre les parties, sont conçus en des termes tels, que l'on doit croire que, dans la pensée du législateur, l'acte authentique ne fait foi qu'entre les parties. C'est ce qui a fait dire que le code confond la foi due à l'acte et l'effet des conventions. Pothier, au contraire, dit que l'acte prouve contre les tiers que la convention est intervenue. Quant aux énonciations, l'article 1320 semble ne leur donner aucune force probante à l'égard des tiers. Pothier ne dit pas cela; il dit seulement que les énonciations ne font pas foi contre eux, en ce sens qu'il n'en résulte aucun droit contre les tiers; c'est là le seul point sur lequel Pothier a mal compris Dumoulin, et c'est probablement cette proposition erronée qui aura induit en erreur les auteurs du code : en lisant dans Pothier que l'acte ne fait pas foi de ce qui y est énoncé contre les tiers, ils auront cru que l'énonciation

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 735, 737 et 738.

(2) Marcadé, t. V, p. 25 et 27. Aubry et Rau, t. VI, p. 367, note 36, § 755. Colmet de Santerre, t. V, p. 537, n° 282 *bis* VIII.

ni la disposition ne font aucune foi à l'égard des tiers. De là la rédaction restrictive des articles 1319 et 1320. En définitive, Pothier a mal interprété Dumoulin, et les auteurs du code ont encore plus mal interprété Pothier; ce qui prouve combien cette matière est difficile.

III. *De la maxime* : In antiquis enuntiativa probant.

178. Après avoir dit que les énonciations ne font pas foi contre les tiers qui n'ont pas été parties à l'acte, Pothier ajoute que cette règle souffre exception pour les énonciations anciennes en vertu de la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*. Ces énonciations font foi contre les tiers lorsqu'elles sont soutenues d'une longue possession. Voici l'exemple que donne Pothier : « Quoique le long usage n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si ma maison a depuis très-longtemps une vue sur la maison voisine, et que, dans les anciens contrats d'acquisition faits par mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue, ces anciens actes soutenus de ma possession feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers et que ses auteurs n'aient jamais été parties dans lesdits actes (1). »

On voit par cet exemple que la maxime *In antiquis enuntiativa probant* dérogeait aux principes, non quant à la preuve des obligations, mais quant aux effets qu'elles produisent. Le mot *prouver* y était pris dans la fausse acception que Dumoulin signalait en accusant les praticiens d'une ignorance crasse; il signifiait *faire droit;* de sorte que l'*énonciation* portée à l'acte par le vendeur d'une servitude donnait à l'acheteur *droit* à cette servitude contre le propriétaire du fonds. Ce n'est pas là déroger aux principes qui régissent la preuve; une énonciation peut très-bien faire *foi* contre les tiers sans avoir un *effet* contre eux; lui donner *effet* par la raison qu'elle faisait *foi*, c'était tomber dans la confusion que Dumoulin repro-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 739.

chait aux vieux docteurs et que l'on peut aussi reprocher au code et aux interprètes modernes.

179. La maxime est encore invoquée aujourd'hui pour des droits qui sont nés avant la publication du code : on l'a appliquée en 1869. Il faut donc nous y arrêter un instant et préciser les conditions que la jurisprudence exige pour son application. D'abord l'acte doit être ancien. Cette première condition est très-vague : quand l'acte est-il ancien? Il a été jugé que les raisons qui ont fait admettre la maxime n'en permettent l'application qu'aux actes d'une date assez reculée pour que les moyens de preuve ordinaires ne soient plus praticables à l'effet de vérifier les énonciations qu'ils contiennent. La cour a refusé de l'appliquer à un cas où l'acte n'avait que trente-trois années de date à l'époque de l'introduction de la cause (1). Nous constatons la jurisprudence, sans la justifier ni la combattre; dans une matière essentiellement traditionnelle, la jurisprudence tient lieu de loi.

L'énonciation ne suffisait point, quelque ancienne qu'elle fût; il n'en résultait qu'une présomption qui n'avait de valeur que lorsqu'elle était appuyée d'une longue possession (2). La possession explique et corrige ce que la maxime avait de contraire aux principes : la possession crée des droits, l'énonciation ne faisait que les constater. Restait à fixer la durée de cette possession. Les tribunaux jouissaient à cet égard et jouissent encore d'un pouvoir discrétionnaire.

180. Nous donnerons quelques exemples empruntés à la jurisprudence. Un ancien acte énonce que les enfants ont renoncé à la succession de leur père. Cette énonciation fait-elle foi contre leurs descendants? Dans l'espèce, tous les faits et circonstances antérieurs et postérieurs à l'acte étaient en concordance avec l'énonciation qu'il renfermait. En ce sens, il y avait possession conforme à l'énonciation; donc c'était le cas d'appliquer la maxime que dans les actes anciens les

(1) Bruxelles, 27 juillet 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 262).
(2) Gand, 26 novembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 198), et le savant réquisitoire de l'avocat général, M. De Paepe.

[illegible]

[illegible] de leur contenu, sauf la preuve con-
[illegible] La cour constate que la partie
[illegible] offert d'administrer la preuve
[illegible]

[illegible] a fait de la maxime une application [illegible] qu'elle peut se présenter très-sou-[illegible] les demandeurs revendiquaient un [illegible] sur des forêts. Ils invoquaient les [illegible] et de dénombrement intervenus entre leurs [illegible] l'évêque de Metz, leur suzerain, actes qui énon-[illegible] l'existence du droit par eux revendiqué, droit sou-[illegible] par une possession conforme. On entendait par *aveu* [illegible] acte par lequel on se reconnaissait vassal d'un sei-[illegible] pour un fief que l'on tenait de lui ; il était accom-pagné d'un *dénombrement* ou description détaillée de la consistance du fief. Le vassal énonçait les droits qui étaient une dépendance de son fief ; ainsi dans les trois actes de 1701, 1741 et 1772 que le demandeur invoquait devant la cour de Nançy, on lisait : « J'ai le droit de vaine pâture dans les bois de Réchicourt. » C'étaient de vraies énonciations qui, en principe, ne constataient que les pré-tentions du vassal ; mais ces prétentions étaient en réalité un fait, car le vassal n'entendait pas réclamer un droit nouveau, il mentionnait seulement les droits qui étaient une dépendance du fief. La cour de Nancy accueillit la demande. Elle dit que les actes d'aveu et de dénombre-ment avaient, dans l'ancien droit, une autorité considé-rable par leur forme solennelle, la publicité qu'ils rece-vaient, les vérifications et l'enregistrement auxquels ils étaient soumis. Ces actes faisaient foi de leur contenu, non-seulement entre le vassal et le seigneur, mais aussi contre les tiers, quand ils étaient plusieurs fois répétés à de longs intervalles, uniformes dans leurs énonciations et soutenus d'une possession conforme. Ce n'est pas assez dire : la question débattue devant la cour n'était pas une question de force probante, il s'agissait de savoir si les

(1) Bruxelles, 9 novembre 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 239). Voyez un autre exemple, dans un arrêt de Gand, 5 juin 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 224).

énonciations avaient *effet* contre des tiers qui étaient étrangers aux actes d'aveu et de dénombrement. C'est toujours la confusion de la foi due à l'acte et du droit qu'il conférait contre un tiers. La confusion est dans la maxime traditionnelle et elle en forme l'essence. Une fois la maxime admise, l'application n'en était pas douteuse ; les aveux et dénombrements produits par les demandeurs réunissaient toutes les conditions que la tradition exige ; il en résultait donc un droit contre les tiers (1).

Un arrêt de la cour de cassation établit très-bien les principes en cette matière et les conséquences qui en résultent. La ville de Langeac revendiquait la propriété d'une forêt. Elle invoquait un aveu de 1477 dans lequel le seigneur de Langeac déclarait tenir du roi la justice et la propriété de la forêt de Pourcheresses, ainsi que des aveux et dénombrements de 1634, 1669, 1685 et 1767, dans lesquels cette forêt est très-explicitement déclarée être la propriété des habitants de Langeac. Le pourvoi refusait toute valeur légale à ces titres contre les communes défenderesses, par le motif que ces actes leur étaient étrangers, qu'elles n'y étaient pas représentées et qu'à leur égard ils étaient réputés *res inter alios acta*. Au point de vue des principes, cela est incontestable; mais, dit la cour, ces principes cessent d'être applicables quand il s'agit d'actes anciens; dans de tels titres, les simples énonciations, quand elles sont soutenues par la possession, *font foi* même contre les tiers. L'expression *faire foi* ou *probare* doit être entendue comme nous venons de le dire; la maxime déroge à l'article 1165 en donnant *effet* aux conventions contre les tiers. La cour constate de plus la possession de la ville de Langeac, tandis que les prétentions des communes défenderesses ne s'étaient produites que par des voies de fait et des dévastations. Elle rejeta le pourvoi, en appliquant à la cause la maxime traditionnelle qui donne effet aux énonciations contre les tiers (2).

(1) Nancy, 24 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 2, 234, et le réquisitoire de l'avocat général.

(2) Rejet, 18 novembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 128).

181. Le code civil a abrogé la maxime; si elle est encore appliquée par les tribunaux, c'est à des droits qui ont pris naissance avant la publication du code. Nous ne comprenons pas que Toullier ait soutenu le contraire. On lui a mal répondu en citant l'article 695 qui rejette la possession pour l'acquisition des servitudes discontinues et non apparentes. La maxime ne s'applique pas seulement aux servitudes, elle est générale et reçoit son application à toute espèce de droits; nous venons de rapporter une application remarquable que la cour de cassation a faite des vieux principes à la revendication. On a encore mal répondu à Toullier, en lui opposant l'article 1320. Il ne s'agit pas d'une question de preuve (1). La maxime déroge à un principe essentiel de droit, à l'article 1165, aux termes duquel les conventions n'ont d'*effet* qu'entre les parties contractantes et ne nuisent pas aux tiers, de même qu'elles ne leur profitent pas. Or, la maxime *In antiquis enuntiativa probant* donnait *effet* à de simples énonciations contre les tiers. Elle a été abrogée avec tout l'ancien droit, et étant en opposition avec un texte formel, elle ne peut plus avoir aucune valeur.

Nº 5. DES CONTRE-LETTRES.

I. *Le principe.*

182. On entend par contre-lettre un acte destiné à rester secret et qui déroge à un acte public; c'est de cette dérogation que vient l'expression : l'acte secret est *contraire à la lettre* de l'acte public. Le code contient deux dispositions sur les contre-lettres; au titre du *Contrat de mariage,* nous exposerons les règles spéciales qui régissent les changements que les parties peuvent apporter à leurs conventions matrimoniales avant la célébration du mariage (art. 1396 et 1397). L'article 1321 contient une dis-

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 156, nos 164-167. En sens contraire, Marcadé. t. V, p. 34, nº V de l'article 1320. Aubry et Rau, t. VI, p. 372, note 49, § 755 Colmet de Santerre, t. V, p. 541, nº 282 *bis* XIV. Larombière, t. IV, p. 277, nº 10 de l'article 1320 (Ed. B., t. II, p. 513.

position générale ainsi conçue : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, elles n'ont point d'effet contre les tiers. » Quel est l'objet de cette disposition? concerne-t-elle la *preuve?* ou concerne-t-elle l'*effet* des conventions? Le texte de la loi répond à notre question. Il n'y est pas parlé de la foi due aux contre-lettres, et il n'y avait rien à en dire. La contre-lettre est une convention secrète qui déroge à une convention publique; l'acte qui constate la contre-lettre fait la même foi que toute espèce d'acte. D'ordinaire les contre-lettres sont consignées dans un acte sous seing privé, puisqu'on veut les tenir secrètes; elles ont, dans ce cas, la force probante qui est attachée aux écritures privées. Elles pourraient aussi être rédigées par acte authentique; elles feraient, en ce cas, foi à l'égard de tous, comme tout acte authentique (1). Autre est la question de savoir si le changement que la contre-lettre apporte à la convention première a *effet* à l'égard des tiers; aucune convention n'a d'*effet* contre les tiers; en disant que les contre-lettres n'ont point d'*effet* contre les tiers, la loi semble donc dire une chose inutile, c'est la répétition de l'article 1165 : à quoi bon répéter pour les contre-lettres ce que la loi dit en termes généraux de toute convention? C'est ce que nous dirons plus loin en expliquant ce que la loi entend par tiers.

183. Pour le moment, il importe de constater qu'il y a une grande différence entre les conventions ordinaires et les contre-lettres. Celles-ci ont toujours pour but de déroger à une convention première, en ce sens qu'elles en déterminent le vrai caractère; elles font connaître les intentions des parties contractantes que l'acte public déguise. Je veux faire une donation à un de mes successibles par personne interposée; je commence par transmettre la propriété de la chose que je veux donner, à un prête-nom qui doit servir d'intermédiaire; puis nous faisons une contre-lettre par laquelle nous rétablissons la vérité, en déclarant que le prétendu acquéreur n'est qu'un

(1) Larombière, t. IV, p. 587, n° 3 de l'article 1321 (Ed. B., t. II, p. 514).

prête-nom chargé de transmettre la chose à celui que je veux gratifier. La contre-lettre secrète et l'acte d'aliénation public sont une seule et même convention, mais la convention publique est un acte simulé destiné à tromper les autres successibles, dans le but de soustraire la libéralité à la loi du rapport ou de la réduction. D'ordinaire les contre-lettres se font pour frauder le fisc ; l'acte public, celui qui est enregistré, porte qu'un immeuble est vendu pour 10,000 fr. ; la contre-lettre dit que le vrai prix est de 14,000 francs.

La contre-lettre implique toujours une simulation ou une fraude au préjudice d'un tiers ; sinon on n'aurait pas besoin de la cacher. Sans doute les parties peuvent modifier leurs conventions comme elles l'entendent, mais ces modifications ne sont pas des contre-lettres dans le sens de l'article 1321, ce sont de nouvelles conventions ; tandis que la contre-lettre n'est pas une convention nouvelle, elle ne fait qu'un avec l'acte public, acte simulé dont elle rétablit le vrai caractère et les véritables clauses.

On comprend, d'après cela, pourquoi la loi donne effet aux contre-lettres entre les parties, tandis qu'elle leur refuse tout effet contre les tiers. Les contre-lettres ont effet entre les parties parce qu'elles contiennent les vraies conventions des parties contractantes ; or, les vraies conventions doivent l'emporter sur les conventions simulées. Elles n'ont aucun effet contre les tiers, parce que si on leur donnait effet, les tiers seraient trompés ; ils ne connaissent que l'acte public, donc on ne peut leur opposer que cet acte. De là résulte une conséquence assez singulière, c'est que l'acte simulé a plus d'effet que l'acte véritable, la fiction l'emporte sur la vérité. Si je vends un domaine à Pierre, avec l'intention constatée par contre-lettre que Pierre ne sera que propriétaire nominal chargé de transporter la propriété de la chose à Paul, Pierre sera néanmoins à l'égard des tiers le vrai propriétaire et, par suite, les actes de disposition qu'il fera seront pleinement valables. Intermédiaire infidèle, au lieu de donner la chose à Paul, il la vend à un tiers : celui-ci sera propriétaire ; vainement le vrai propriétaire, le donateur,

revendiquerait-il le domaine contre le tiers acquéreur, celui-ci repousserait l'action en vertu de l'article 1321 ; le donateur a cessé d'être propriétaire, c'est Pierre qui l'est en vertu d'un titre public; la contre-lettre que le donateur invoque ne peut pas être opposée à l'acquéreur, elle n'a d'effet qu'entre les parties, j'aurai une action en dommages-intérêts contre Pierre, je n'aurai aucune action contre le tiers acquéreur (1).

184. La loi du 22 frimaire an VII dérogeait à ces principes quant aux contre-lettres qui avaient pour objet de frauder le fisc; l'article 40 portait : « Toute contre-lettre faite sous signature privée, qui aurait pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public, ou dans un acte sous signature privée précédemment enregistré est déclarée nulle et de nul effet. » On entendait cette disposition en ce sens que la contre-lettre était nulle, non-seulement à l'égard de la régie, mais aussi entre les parties (2). Le code civil a-t-il abrogé l'article 40 de la loi de frimaire? Merlin et d'autres auteurs à sa suite ont soutenu la négative : l'article 40 contient, dit-on, une disposition spéciale relative à certaines contre-lettres ayant un objet spécial, tandis que l'article 1321 contient une règle générale applicable à toutes les contre-lettres; or, les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales (3). L'opinion contraire a prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence. La question de savoir si une loi nouvelle abroge une loi ancienne est essentiellement une question d'intention; quand le législateur n'a pas manifesté son intention, on peut dire qu'une disposition générale étant compatible avec une disposition spéciale et exceptionnelle, l'intention du législateur ne sera point de déroger à la loi spéciale par la loi générale, mais il peut manifester l'intention contraire; or, dans l'espèce, la volonté des auteurs du code n'est guère douteuse. Lors de la dis-

(1) Duranton, t. XIII, p. 102, n° 104. Comparez Rejet, 29 avril 1872 (Dalloz, 1873, 1, 130).

(2) Duranton, t. XIII, p 96, n°s 102 et 103.

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Contre-lettre*, § III. Rolland de Villargues, au mot *Contre-lettre*. Plasman, *Des contre-lettres*, § 15.

[illegible] du projet de code civil, le directeur général de l'enregistrement demanda que l'on proscrivît d'une manière absolue l'usage des contre-lettres, parce qu'elles favorisaient la fraude contre les particuliers et toujours contre le trésor public. Tous les membres du conseil qui prirent la parole se prononcèrent contre cette proposition. Cambacérès rappela la disposition de l'article 40 et dit qu'elle ne lui semblait pas juste ; à son avis, les contre-lettres devaient produire leur effet entre les parties contractantes. Tronchet établit nettement la distinction, en l'appliquant au fisc. « Une contre-lettre doit être valable entre les parties et nulle à l'égard des tiers ; or, la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte. » La proposition fut renvoyée à la section de législation, qui formula l'opinion de Tronchet dans l'article 1321, disposition nouvelle qui n'existait pas dans le projet (1). Il y a donc décision formelle ; le législateur a établi un nouveau principe, plus juste que celui de la loi de frimaire ; donc, dans sa pensée, l'article 1320 est général et applicable à toutes les contre-lettres (2).

185. Toute contre-lettre est donc valable entre les parties contractantes. Une obligation constatée paracte authentique est causée pour prêt ; les parties reconnaissent dans une contre-lettre que l'obligation a pour cause réelle le solde préalable d'un compte non encore arrêté. Néanmoins le prêteur exécute l'acte public contre l'emprunteur. Celui-ci oppose la contre-lettre qui prouve qu'il n'est pas encore débiteur, puisqu'il n'y a pas de compte arrêté. Le prêteur va jusqu'en cassation, prétendant que le défendeur devait s'inscrire en faux. Cette étrange prétention fut rejetée, l'article 1321 permettant de déroger à un acte authentique par une contre-lettre (3).

La contre-lettre porte qu'une société n'a été contractée

(1) Séance du conseil d'Etat, du 2 frimaire an XII, n° 7 (Locré, t. VI, p. 109).

(2) Duranton, t. XIII, p. 96, nos 101-108. Aubry et Rau, t. VI, p. 373, notes 54 et 55, § 755. Colmet de Santerre, t. V, p. 547, n° 283 *bis* IX. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3187 ; les arrêts sont à peine motivés.

(3) Rejet, 21 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3191).

que nominalement avec l'un des associés, qu'en réalité elle a été contractée avec un autre. Néanmoins l'associé qui a souscrit la contre-lettre agit contre l'associé apparent en liquidation. Il y avait un motif de douter, c'est qu'il n'était pas intervenu de convention proprement dite dérogeant à l'acte public de société; l'un des associés avait reconnu par une lettre adressée à l'associé non mentionné dans l'acte que l'associé nominal qui y figurait était toujours resté étranger à la société; cela suffit, dit la cour, pour établir la contre-lettre; le concours de consentement était tacite, car au moment même où l'acte de société avait été dressé, il était entendu que l'un des prétendus associés ne serait qu'un associé nominal; la convention existait donc, et elle était prouvée par la lettre émanée de l'associé demandeur (1).

186. L'article 1321 dit que les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers. Quel est le sens de cette expression n'*ont point d'effet?* Le mot *effet* ne se dit pas de la force probante de l'acte; les articles 1319 et 1320 qui posent le principe sur la force probante de l'acte authentique disent que cet acte fait *foi* des conventions ou énonciations qu'il renferme. Il en est de même de l'article 1322, qui traite de la force probante de l'acte sous seing privé. Le législateur emploie le mot *effet* quand il parle des conventions, des droits et des obligations qui en résultent. C'est ainsi que l'article 1165 porte que les conventions n'ont d'*effet* qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent ni ne profitent aux tiers. Est-ce aussi là le sens du mot *effet* dans l'article 1321? Le législateur veut-il dire que les contre-lettres ne nuisent pas aux tiers? qu'elles ne donnent pas de droits aux parties contre eux? Cela est d'évidence. Ainsi entendu, l'article 1321 ne serait que la répétition de l'article 1165. Nous croyons que l'article 1321, en disant que les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers, veut dire qu'elles ne peuvent être *opposées* aux tiers, en d'autres termes, qu'elles sont considérées comme n'existant pas à leur égard. Il en est

(1) Rejet, chambre civile. 20 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 96).

ainsi, d'après notre loi hypothécaire (art. 1er), des actes translatifs de droits réels immobiliers tant qu'ils ne sont pas transcrits; ils ne peuvent être opposés aux tiers de bonne foi. Certes les actes authentiques qui sont sujets à transcription font foi à l'égard des tiers, mais, n'étant pas rendus publics; les conventions qu'ils renferment ne peuvent leur être opposées, elles sont considérées comme n'existant pas à leur égard. Pourquoi? Parce que les actes n'étant pas transcrits, les tiers ne peuvent pas les connaître. Il en est de même de la contre-lettre. Elle est secrète, cachée, la convention qu'elle renferme modifie ou altère, détruit souvent la convention portée dans un acte public, public en ce sens que c'est celui que les parties intéressées produisent, qu'elles montrent aux tiers. Les tiers ne peuvent connaître que la convention patente, celle-là seule existe à leur égard et peut leur être opposée en ce sens; la convention secrète qui se trouve dans la contre-lettre ne peut leur être opposée, elle est censée ne pas exister à leur égard.

Ainsi quand les parties dressent un acte patent constatant que l'une vend à l'autre un domaine, et que, par une contre-lettre, elles déclarent que cette vente n'est qu'apparente, que l'acheteur prétendu est chargé de transmettre la chose à un tiers que le prétendu vendeur veut gratifier, il y a une convention publique et une convention secrète qui détruit la première. En vertu de la convention publique, il y a un acheteur, donc un propriétaire; en vertu de la convention secrète, cet acheteur n'est pas propriétaire, en ce sens qu'il doit disposer de la chose au profit d'un tiers, c'est un fiduciaire. Cette convention secrète ne peut pas être opposée à ceux qui contractent avec le propriétaire apparent; par cela seul qu'il est propriétaire apparent, il est considéré à leur égard comme propriétaire réel; quant à la convention véritable intervenue entre les parties, elle est considérée, à l'égard des tiers, comme n'existant point. Mais elle produira ses effets entre les parties, l'acquéreur ne sera qu'un fiduciaire à l'égard du vendeur.

Le rapport que nous établissons entre l'article 1321 et

l'article 1er de notre loi hypothécaire ne saurait être contesté. En refusant à la contre-lettre tout effet contre les tiers, le code civil suppose que la contre-lettre reste secrète, que les tiers ne la connaissent point et ne peuvent la connaître; en fait, il en sera ainsi le plus souvent, puisque la contre-lettre est d'ordinaire un acte sous seing privé, qu'il est facile de cacher aux tiers. La convention à laquelle la contre-lettre déroge est, au contraire, publique, en ce sens que les parties la produisent et la font connaître. A vrai dire, il n'y a pas de publicité légale, il n'y a qu'une publicité de fait; c'est la loi hypothécaire qui a introduit la vraie publicité, en ordonnant la transcription sur des registres publics des actes translatifs de droits réels immobiliers. Cette disposition applique à toutes les conventions translatives de propriété immobilière ce que l'article 1321 dit de celles que les parties tiennent secrètes. Tout acte non transcrit est un acte secret et ne peut être opposé aux tiers. Ainsi, dans l'exemple que nous venons de donner, la convention patente pourra être opposée aux tiers si elle est transcrite, tandis que la convention constatée par contre-lettre ne pourra être opposée aux tiers, puisqu'elle n'est pas transcrite et qu'elle ne peut pas même l'être dans notre hypothèse, puisque nous avons supposé que la contre-lettre est un acte sous seing privé; et ces actes, d'après notre loi, ne sont pas admis à la transcription. Le principe de la transcription suffit pour priver de tout effet les contre-lettres qui constatent des conventions translatives de droits réels immobiliers. Sous ce rapport, la disposition de l'article 1321 devient inutile, elle est remplacée par la disposition générale de la loi hypothécaire. Ce n'est pas à dire que l'article 1321 soit abrogé, il est conçu en termes plus larges que l'article 1er de la loi hypothécaire; celle-ci ne concerne que les actes translatifs de propriété immobilière, tandis que l'article 1321 se rapporte à toute espèce d'actes (1). Toujours est-il qu'en fait l'article 1321 a perdu de son intérêt, car les contre-lettres se font d'habitude

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 545, nos 283 *bis* IV et p. 546, no 283 *bis* V.

pour les conventions translatives de propriété immobilière, lesquelles ne peuvent plus être opposées aux tiers que lorsqu'elles sont transcrites.

187. Il y a encore une différence entre l'article 1er de la loi hypothécaire et l'article 1321. Le code civil prive les contre-lettres de tout effet contre les tiers, parce qu'il suppose qu'elles impliquent une fraude quelconque à leur préjudice; tandis que la loi hypothécaire soumet à la publicité toute espèce de conventions translatives de propriété immobilière, quand même elles n'auraient absolument rien de frauduleux La formalité de la transcription a pour but de sauvegarder les intérêts des tiers; l'article 1321 a un objet spécial, c'est de mettre les tiers à l'abri des conventions cachées et frauduleuses.

Il suit de là que l'article 1321 cesse d'être applicable lorsqu'une convention intervient entre les parties pour expliquer la première et la compléter, sans aucune dérogation et, par conséquent, sans aucun soupçon de fraude. L'acte notarié constate un prêt fait à plusieurs personnes qui s'obligent solidairement à rembourser la somme empruntée. Par un acte sous seing privé portant la date du lendemain, l'un des emprunteurs, un notaire, depuis tombé en faillite, déclare que ledit prêt est fait uniquement dans son intérêt, qu'il en a seul reçu le montant, et il s'oblige à le rembourser de manière que ses codébiteurs ne puissent jamais être recherchés à cet égard. Est-ce là une contre-lettre qui ne peut être opposée aux tiers; dans l'espèce, à la masse faillie? Non, la cour de Douai dit très-bien que la contre-lettre dont il s'agit dans l'article 1321 est l'acte par lequel les parties contractantes constatent qu'une convention insérée dans un autre acte n'est pas sincère et réelle et restituent à cette convention le véritable caractère qui lui appartient; la contre-lettre suppose, par conséquent, un premier acte réglant d'une manière fictive, entre les contractants, des droits que le nouvel acte vient détruire en tout ou en partie. Or, dans l'espèce, l'acte de prêt fixait bien la position des emprunteurs à l'égard des prêteurs, mais il ne réglait pas celle des emprunteurs entre eux et ne déterminait pas la part que

chacun d'eux aurait à supporter dans la dette solidaire. Il est vrai que, d'après l'article 1213, l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs, mais la loi n'entend pas dire que la part de chacun d'eux soit toujours et nécessairement une part virile; l'article 1216 prévoit, au contraire, le cas où la dette est contractée dans l'intérêt exclusif de l'un des débiteurs solidaires et décide que les autres ne sont alors, par rapport à lui, que des cautions. Ainsi, dans toute obligation solidaire, il y a à régler les rapports des codébiteurs avec le créancier et les rapports des codébiteurs entre eux; cela peut se faire par un seul et même acte, cela peut aussi se faire par des actes séparés et distincts. Pour mieux dire, la position des codébiteurs est réglée au moment où la dette est contractée, il s'agit seulement de savoir comment on la prouvera; la preuve se fait d'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge pas, donc elle peut se faire par un acte sous seing privé, lequel ne fait qu'un avec l'acte notarié qui le précède; les deux actes se complètent l'un l'autre. Il n'y a pas là l'ombre d'une fraude. C'est un prêt solidaire qui peut, comme toute convention, être opposé aux tiers, en ce sens que les actes constatent la position des diverses parties contractantes à l'égard des autres créanciers du débiteur failli (1).

188. Qu'entend-on, dans l'article 1321, par le mot *tiers?* La question n'est pas sans difficulté. On répond d'ordinaire que l'on doit interpréter l'article 1321 par l'article 1328, aux termes duquel les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que dans les cas déterminés par la loi (2). Il y a quelque analogie entre les deux dispositions, puisque l'article 1328, en empêchant les antidates, prévient les fraudes que les parties contractantes pourraient commettre au préjudice des tiers, en antidatant les actes qui constatent leurs conventions. Mais il y a aussi des différences. L'article 1328 décide une question de preuve, tandis que l'article 1321 est étranger

(1) Douai, 1er mars 1851 (Dalloz, 1851, 2, 189). Comparez Rejet, 15 juin 1843 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 613, 7°).

(2) Aubry et Rau, t IV, p. 373, note 53 du § 755, et les auteurs qu'il cite

à la preuve; quand même l'acte sous seing privé serait reconnu, quand même il aurait date certaine, il ne pourrait être opposé aux tiers s'il contenait une contre-lettre. Dans l'article 1321, il s'agit de savoir si une convention existe à l'égard des tiers lorsqu'elle est constatée par une contre-lettre qui déroge à un acte public. Dans l'article 1328, il s'agit d'une question de preuve : l'acte sous seing privé fait-il foi de sa date? Les deux questions sont différentes, ce qui suffit pour repousser l'argumentation analogique.

Nous croyons que la véritable analogie existe entre l'article 1321 et l'article 1er de notre loi hypothécaire. Celle-ci porte que les actes non rendus publics par la voie de la transcription ne peuvent être opposés aux *tiers;* et l'article 1321 décide que les actes secrets ne peuvent être opposés aux *tiers*. Dans l'une et l'autre loi, les actes que les tiers n'ont pas pu connaître ne peuvent leur être opposés. Quels sont ces tiers? Ceux qui ne connaissent pas l'acte qu'on voudrait leur opposer, et ils ne le connaissent pas par cela seul qu'ils n'y figurent point. Il faut donc dire avec la cour de cassation que sont tiers, dans l'article 1321, ceux qui n'ont point signé l'acte(1). Cette interprétation découle de l'essence même de la contre-lettre, Il s'agit d'une convention qui ne peut être opposée aux tiers, parce qu'on la cache aux tiers; donc on doit considérer comme tiers tous ceux qui ne figurent pas à l'acte. qui ne l'ont pas souscrit. Il n'y a pas à distinguer, comme on le fait dans le cas de l'article 1328, entre les tiers et les ayants cause : les ayants cause sont aussi des tiers, puisqu'ils n'ont pas souscrit l'acte. Seulement il y a des personnes qui sont considérées comme ayant figuré à l'acte quoiqu'elles ne l'aient pas signé. Tels sont les héritiers et successeurs universels; ils sont tenus des obligations du défunt et ils succèdent à ses droits; or, la convention véritable qui engendre les droits et les obligations

(1) Cassation, 23 février 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3204, 1°); 20 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 185). Rejet, 29 avril 1872 (Dalloz, 1873, 1, 130) Comparez Mourlon, t. II, p. 811, n° 1549; Colmet de Santerre, t. V, p. 545, n° 243 *bis* III.

est celle que la contre-lettre constate, donc la contre-lettre a effet à leur égard comme toute convention. De même le mandant est censé souscrire les conventions qu'il a donné pouvoir au mandataire de former, car le mandant contracte par l'intermédiaire du mandataire. Cela a été jugé ainsi par la cour de Bordeaux, et cela ne fait aucun doute (1).

189. Il suit de là que tous les ayants cause à titre particulier sont des tiers dans le sens de l'article 1321. Cela n'est pas douteux pour ceux qui ont acquis la propriété de la chose, ou un droit réel, bien que les concédants ne soient pas les vrais propriétaires. Ils sont propriétaires à l'égard des tiers en vertu de l'acte patent qui leur a transféré la propriété; quant à la convention secrète qui détruit la convention publique, elle ne peut être opposée aux tiers; et sont tiers ceux qui n'ont pas souscrit la contre-lettre. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (2). Nous citerons un arrêt de la cour de cassation qui répond aux objections que l'on tire de la contrariété résultant de l'acte public et de l'acte secret.

Une dame vend à un notaire fictivement un domaine considérable. La fiction est reconnue par une contre-lettre. Au mépris de cet engagement, le notaire vend plusieurs parties du domaine et en hypothèque d'autres. La venderesse apparente fait d'abord juger contre le notaire que la propriété n'a jamais cessé de lui appartenir, puis elle actionne les tiers détenteurs en déguerpissement et les créanciers en nullité de leurs hypothèques. La demande, accueillie par le premier juge, fut rejetée en appel. Pourvoi en cassation. La cour, dit-on, a violé l'art. 1599 en validant la vente faite par celui qui n'était pas propriétaire de la chose. A l'égard de la demanderesse, il est vrai que le notaire n'était pas propriétaire, puisque la contre-lettre reconnaissait que la vente était fictive, mais

(1) Bordeaux, 21 juin 1825 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 402, 4°). Marcadé, t. V, p. 38, n° VI de l'article 1321.
(2) Duranton, t. XIII, p. 102, n° 104. Mourlon, t. II, p. 811, n° 1539. Colmet de Santerre, t. V, p. 546, n° 283 *bis* V.

la contre-lettre ne pouvait être opposée aux tiers; or, les acquéreurs et les créanciers hypothécaires sont des tiers, puisqu'ils n'ont pas souscrit la contre-lettre. Cela est en opposition, disait le pourvoi, avec ce principe élémentaire qui ne nous permet pas de transmettre à autrui plus de droits que nous n'en avons nous-mêmes. Rien de plus vrai si la contre-lettre était opposable aux tiers, car c'est la contre-lettre qui établissait que le notaire n'était pas propriétaire; mais la contre-lettre étant censée ne pas exister à l'égard des tiers, le notaire restait propriétaire à l'égard des tiers et pouvait, par conséquent, vendre et hypothéquer valablement. Le pourvoi insistait et disait que le titre du notaire n'était qu'apparent, et un titre apparent ne donne pas le droit de disposer de la chose, quand même les tiers acquéreurs seraient de bonne foi, la bonne foi des acquéreurs ne pouvant pas transformer le propriétaire apparent en propriétaire véritable. La réponse est toujours la même. Qu'est-ce qui établissait que le notaire était propriétaire apparent? La contre-lettre; or, à l'égard des tiers acquéreurs et des créanciers hypothécaires, la contre-lettre était réputée non existante; à leur égard, il n'y avait que la convention publique constatée par acte notarié, en vertu de laquelle le notaire était propriétaire véritable. Au moins, répliquait le pourvoi, la contre-lettre existait à l'égard du notaire, donc elle existe aussi à l'égard de ses ayants cause postérieurs à la contre-lettre; les acquéreurs et les créanciers hypothécaires représentent leur auteur, partant on peut leur opposer la contre-lettre. Non, répond la cour, car les ayants cause à titre particulier sont des tiers dans le sens de l'article 1321, parce qu'ils n'ont pas souscrit la contre-lettre: c'est précisément pour les mettre à l'abri de la simulation et de la fraude que la loi refuse tout effet à la contre-lettre contre ces ayants cause. Enfin, disait le pourvoi, la cour de Bourges a violé la chose jugée, puisqu'il a été décidé que le notaire n'était pas propriétaire. La réponse était simple et péremptoire; la chose jugée n'a d'effet qu'à l'égard de ceux qui sont parties en cause, donc elle ne peut être opposée aux tiers acqué-

reurs et créanciers hypothécaires qui n'ont pas été parties au procès (1).

190. Les créanciers chirographaires sont-ils des tiers? Dans le cas de l'article 1328, les créanciers ne sont pas des tiers lorsqu'ils ne font qu'exercer les droits de leur débiteur. Il n'en est pas de même dans le cas de l'article 1321; les créanciers chirographaires sont tiers par cela seul qu'ils n'ont pas souscrit la contre-lettre. Il est vrai que les créanciers n'ont de droit que sur les biens de leur débiteur, et on pourrait dire qu'un bien dont le débiteur n'est que propriétaire apparent n'est pas dans son domaine; que, par suite, il ne fait pas partie du gage de ses créanciers. On a fait la même objection pour l'article 1er de la loi hypothécaire. Quels sont les tiers auxquels les actes non transcrits ne peuvent être opposés? On a prétendu que par tiers il ne fallait entendre que ceux qui ont un droit réel sur la chose; donc, dit-on, les créanciers chirographaires ne sont pas des tiers. Nous dirons, au titre des *Hypothèques*, que la cour de cassation a condamné cette interprétation.

Il a aussi été jugé que les créanciers chirographaires sont des tiers quand il s'agit de contre-lettres. Il y a trois arrêts de cassation en ce sens. Dans l'une de ces espèces le vendeur agissait en résolution de la vente pour défaut de payement du prix; une contre-lettre fixait le véritable prix, supérieur au prix fictif stipulé dans l'acte public. Les créanciers de l'acheteur intervinrent et offrirent au vendeur le prix porté à l'acte notarié. Leur demande fut repoussée par la cour de Grenoble. Au premier abord, on est tenté de se ranger à cet avis. Les créanciers agissaient au nom de leur débiteur, ils ne pouvaient donc avoir d'autre droit que l'acheteur; or, celui-ci était lié par la contre-lettre, donc, pourrait-on dire, il en doit être de même de ses créanciers. Néanmoins l'arrêt a été cassé

(1) Rejet, 25 avril 1826 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 150, 4°). Comparez Orléans, 16 mai 1846 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 941). Même décision pour les créanciers hypothécaires. Cassation, 30 mars 1836 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1206, 2°), et pour les cessionnaires de droits mobiliers. Rejet, 25 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 422, 2°).

et il devait l'être. Il y avait deux conventions relatives au prix, la convention publique et la convention secrète; la première seule pouvait être opposée aux tiers; la seconde était considérée, à leur égard, comme n'existant pas. Or, les créanciers chirographaires sont des tiers, puisqu'ils n'ont pas souscrit la contre-lettre (1). Cela est décisif. Les créanciers chirographaires seraient trompés aussi bien que les créanciers hypothécaires si l'on pouvait leur opposer des actes qu'ils n'ont pas souscrits et que, par conséquent, ils ignorent. Ils comptent sur la fortune apparente de leur débiteur, telle qu'elle est constatée par des actes publics, si des actes secrets la diminuent, on ne peut pas leur opposer ces actes, sinon ils seraient trompés; or, le but de l'article 1321 est précisément d'empêcher toute fraude au préjudice de ceux qui ne connaissent point la contre-lettre.

Il y a un arrêt en sens contraire de la chambre des requêtes (2). Elle a jugé que les contre-lettres sont opposables aux créanciers chirographaires qui demandent, au nom de leur débiteur, l'exécution des conventions patentes, alors que celles-ci sont modifiées par une contre-lettre. Dans l'espèce, le créancier chirographaire agissait contre les associés de son débiteur; ceux-ci avaient, par une contre-lettre, restreint leur part contributive dans les dettes telle qu'elle était fixée par l'acte de constitution de la société. Les créanciers, dit la cour, ne peuvent avoir plus de droit que celui qu'ils représentent. C'est ne tenir aucun compte de l'article 1321. Sans doute, les créanciers n'ont d'autres droits que leur débiteur, mais reste à savoir quels sont ces droits; or, en vertu de l'article 1321, les droits du débiteur à l'égard des tiers sont fixés par l'acte public qu'il a souscrit, et non par l'acte secret; celui-ci lui est personnel et ne peut être opposé

(1) Cassation, 23 février 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3204, 1°). Comparez Cassation, 13 mars 1840 (Dalloz, n° 3204, 3°) et 20 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 185). La chambre des requêtes a jugé récemment que le mot *tiers* dans l'article 1321 comprend tous ceux qui n'ont pas été parties à la contre-lettre, par conséquent même les créanciers chirographaires des parties contractantes. Rejet, 18 août 1874 (Dalloz, 1875, 1, 123).

(2) Rejet, 23 mai 1870 (Dalloz, 1871, 1, 109).

aux tiers. Nous ne comprenons pas cette décision de la chambre des requêtes. Est-ce une nouvelle jurisprudence qu'elle veut établir? Non, car dans un arrêt postérieur elle est revenue à l'opinion générale (1), qui est celle de tous les auteurs (2).

191. Il a été jugé, et avec raison, que l'article 1321 reste applicable alors même que la contre-lettre a une date certaine. L'acte de vente d'un château portait que le mobilier garnissant le château et ses dépendances était compris dans la vente; mais une contre-lettre souscrite le même jour stipulait que le mobilier restait la propriété de la venderesse. Un créancier de l'acquéreur saisit le mobilier; on lui oppose la contre-lettre. La cour de Paris annula la saisie, parce que la contre-lettre avait acquis date certaine par la mort de l'un des souscripteurs. Cette décision a été cassée, et elle devait l'être. Qu'importe que la contre-lettre acquière date certaine, il n'en est pas moins vrai qu'il existait un acte public sur la foi duquel des créanciers chirographaires avaient traité avec le possesseur du mobilier, dont ils devaient le croire propriétaire; ils auraient été trompés si l'on avait pu leur opposer une convention qu'ils devaient ignorer; ils se trouvent donc protégés par la disposition de l'article 1321; ils sont tiers, dit la cour de cassation, parce qu'ils n'ont pas été parties contractantes à la contre-lettre et n'ont pas personnellement concouru à son exécution (3).

192. Les tiers peuvent-ils invoquer l'article 1321 quand ils connaissent la simulation? La loi n'exige pas la bonne foi de leur part, mais cette condition résulte du principe même qu'elle établit. Pourquoi la contre-lettre n'a-t-elle pas d'effet contre les tiers? Parce qu'ils n'ont pas pu la connaître; s'ils savent que le contrat patent est simulé, s'ils connaissent la vraie convention, ils ne peuvent pas se plaindre de ce qu'ils sont trompés pour l'avoir ignorée; cela serait contradictoire. A l'appui de cette opinion que

(1) Rejet, 5 juillet 1870 (Dalloz, 1872, 1, 71).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 546, n° 283 *bis* VII.
(3) Cassation, 20 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 185). Comparez Toulouse, 28 mai 1874 (Dalloz, 1875, 2, 63).

la jurisprudence a consacrée (1), nous citerons, par analogie, l'article 1er de notre loi hypothécaire, aux termes duquel les actes non transcrits ne peuvent être opposés aux tiers de bonne foi; s'ils sont de mauvaise foi, c'est-à-dire s'ils traitent malgré la connaissance qu'ils ont de l'acte qui n'a pas été rendu public, ils ne peuvent se prévaloir du défaut de publicité.

193. L'article 1321 dit que les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers. En faut-il conclure qu'ils peuvent les invoquer s'ils y ont intérêt? La question est douteuse. Si l'on appliquait à la rigueur le principe que la contre-lettre est censée ne pas exister, il faudrait décider qu'elle ne profite pas aux tiers, comme elle ne leur nuit point. Mais la loi ne pose pas le principe en ces termes absolus : si elle déclare les contre-lettres inexistantes, c'est uniquement dans l'intérêt des tiers; or, on ne peut pas rétorquer contre les tiers une disposition qui a été établie en leur faveur. C'est la doctrine des auteurs, et elle est consacrée par la jurisprudence (2).

No 6. DE LA FORCE EXÉCUTOIRE DE L'ACTE AUTHENTIQUE.

194. La loi du 25 ventôse an XI dit que tous les actes notariés sont exécutoires de plein droit dans toute l'étendue de l'empire. Cela suppose qu'ils sont revêtus de la formule exécutoire. La formule est celle qui se trouve en tête et à la fin des lois : « Léopold, roi des Belges. » Ici vient l'acte. Après quoi on ajoute : « Mandons et ordonnons, etc. » C'est l'ordre donné aux officiers de justice et aux agents de l'autorité de prêter mainforte à l'exécution de l'acte. Les actes authentiques sont mis à cet égard sur la même ligne que les jugements. Mais la formule exécutoire n'est pas ajoutée à tous les actes notariés. La minute de l'acte est authentique, elle n'est pas exécutoire et elle ne doit pas l'être, puisqu'elle est destinée à rester

(1) Bourges, 18 (ou 28) décembre 1824, et Rejet, 25 avril 1826 (Dalloz, au mot *Vente*, no 150, 5o).
(2) Marcadé, t. V, p. 40, no IV de l'article 1321. Mourlon, t. II, p. 811, no 1540. Paris, 2 germinal an XIII (Dalloz, au mot *Obligations*, no 3184).

toujours en la possession de l'officier public qui a reçu l'acte ou du notaire qui est détenteur de ses minutes. C'est la grosse qui est munie de la formule exécutoire et qui tient lieu d'original au créancier. Il y a même des actes qui sont authentiques quant à la foi qu'ils font et qui ne sont pas exécutoires : tel est le procès-verbal de conciliation rédigé par le juge de paix (Code de proc., art. 54).

195. Lorsque la grosse doit recevoir son exécution en dehors du ressort de la cour d'appel ou de la province, selon qu'elle est délivrée par un notaire résidant dans la ville où siége la cour d'appel, ou par tout autre notaire, elle doit être légalisée. La légalisation est donnée par le président du tribunal de première instance de la résidence du notaire. Elle consiste dans une attestation, mise au bas de l'acte, par laquelle le président certifie que la signature qui se trouve au bas de l'acte est celle du notaire. On suppose que la signature du notaire n'est pas connue en dehors du ressort où l'acte peut être exécuté sans légalisation (1).

ARTICLE 2. Des actes sous seing privé (2).

§ Ier. *De la forme des actes sous seing privé.*

No 1. NOTIONS GÉNÉRALES.

196. L'acte sous seing privé est celui que les parties rédigent ou font rédiger sans qu'il y intervienne un officier public. Le code ne prescrit aucune forme pour la validité des actes sous seing privé ; les articles 1325 et 1326 contiennent des dispositions spéciales concernant certains actes sous seing privé. Il n'y a pas de dispositions générales. La loi n'exige pas même d'une manière formelle la signature des parties contractantes. Si on l'exige, c'est qu'il est de l'essence de tout acte qu'il soit signé par ceux qui y figurent comme parties ; c'est ce qui distingue l'acte

(1) Duranton, t. XIII, p. 53, no 64. Mourlon, t. II, p. 807, no 1529.
(2) *Théorie légale des actes sous seing privé*, par Braas, vice-président du tribunal de Namur. Bruxelles, 1870.

l'acte et de 200 livres d'amende (1). Il a été jugé que les déclarations de 1696 et de 1699 sont abrogées; et un avis du conseil d'Etat du 26 mars 1808, approuvé par l'empereur, renferme une décision semblable : il permet à tous officiers publics d'écrire et de signer comme témoins des actes sous seing privé (2).

Quand on dit que les actes sous seing privé peuvent être écrits par un tiers, cela suppose que ces actes sont conçus dans la forme des écritures privées. Il n'est pas permis à un particulier d'affecter les formes de l'authenticité; ce serait, suivant les circonstances, une usurpation des fonctions notariales qui tomberait sous l'application du code pénal. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans une espèce où un agent d'affaires se servait du protocole notarial, en faisant accroire aux habitants de la campagne que les actes qu'il rédigeait avaient la même valeur que les actes notariés; il trompait ceux qui s'adressaient à lui, en passant des actes que les notaires ont seuls droit de recevoir, des donations, des inventaires. Il a été jugé que l'article 258 du code pénal de 1810 (art. 227 du nouveau code pénal belge) lui était applicable (3).

199. Qu'entend-on par signature? La question se présente surtout en matière de testaments. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs. Il a été jugé que la signature de la partie apposée par un tiers est sans valeur, ce qui est d'évidence. Mais pourquoi la cour ajoute-t-elle « qu'une telle *signature* ne peut servir à former *le lien d'une obligation* (4)? » Est-ce la signature qui *forme* le *lien?* ou la signature constate-t-elle le lien qui est formé par le consentement des parties contractantes?

Une signature irrégulière est-elle nulle et entraîne-t-elle la nullité de l'acte? Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Testaments*, en remarquant que la loi et partant les interprètes sont plus sévères pour les actes de

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 272, n° 261.
(2) Duranton, t. XIII, p. 129, n° 128
(3) Rejet, chambre criminelle, 7 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 260, et le réquisitoire de l'avocat général).
(4) Rouen, 25 mars 1807 (ou 1808) (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3837).

dernière volonté que pour les actes entre-vifs, ce qui est très-naturel; la signature, dans les testaments, est de l'essence de l'acte solennel; sans la solennité il n'y a pas de disposition de dernière volonté, tandis que dans les contrats la signature, de même que l'acte, n'est qu'une question de preuve. Il a été jugé que la signature dans laquelle il y a omission ou transposition d'une lettre est néanmoins valable. Dans l'espèce, cela n'était guère douteux, puisque le signataire avouait qu'il avait eu l'intention de signer, mais il se prévalait de la jurisprudence rigoureuse en matière de testaments; même en matière de testaments, c'est un excès de rigueur; à plus forte raison dans les contrats (1).

200. Une croix apposée en présence de témoins vaut-elle signature? La cour de Bruxelles dit que, selon l'ancienne jurisprudence de Flandre, une croix équivalait à la signature; l'ignorance générale l'avait emporté sur la disposition formelle de l'édit perpétuel qui exigeait une signature véritable; la cour ajoute qu'en France cela n'était pas admis, que l'on s'y tenait à l'ordonnance de 1667 qui prescrivait une signature proprement dite (2).

Il va sans dire que cette jurisprudence est abrogée par le code civil. Une croix ou marque quelconque apposée en présence de témoins n'a plus aucune valeur et ne fait aucune foi; l'acte ainsi sous-marqué n'est pas un acte, il doit être considéré comme non existant, dit la cour de Liége (3). Nous avons malheureusement sur ce point une jurisprudence nombreuse en Belgique, cela atteste l'ignorance des populations. Il paraît qu'elle n'est guère moindre en France. Nous ne citerons pas les arrêts, puisque, en droit, la question n'est pas douteuse. Il suffira de mentionner, pour la curiosité du fait, un arrêt rendu en 1871 qui a décidé que la croix apposée à un acte ne peut être considérée comme l'équivalent de la signature et que, par

(1) Bruxelles, 30 janvier 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 309).
(2) Bruxelles, 23 février 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 34). Comparez Bruxelles, 16 novembre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 226), et Liége, 14 juillet 1843 (*ibid.*, 1843, 2, 353).
(3) Liége, 17 mai 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 384).

suite, l'acte ne peut pas même servir d'un commencement de preuve par écrit. Cependant il s'agissait de négociants, dit l'arrêt, qui conclut de là que la preuve par témoins et par présomptions était admissible (1). Ainsi il s'est trouvé des négociants en 1871 qui ne savent pas signer!

201. La signature peut-elle être donnée en blanc, c'est-à-dire avant la rédaction par écrit des conventions arrêtées par les parties contractantes? On pourrait dire que la signature étant l'approbation de l'écriture, doit être apposée après que l'acte est écrit. Toutefois, la loi étant muette sur ce point, l'interprète ne peut rien exiger de plus que ce qui résulte de l'essence de tout acte, c'est-à-dire la signature. Le code pénal tranche la difficulté; il punit l'abus du blanc seing, ce qui suppose que le blanc seing est valable, car s'il était nul, on n'en pourrait pas abuser. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes en ce sens(2). Il va de soi que l'acte écrit sur un blanc seing peut être combattu d'après le droit commun; donc, en cas de simulation, par la preuve testimoniale appuyée sur un commencement de preuve écrite, lorsque l'une des parties agit contre l'autre. Ainsi jugé par la cour de cassation(3). Nous reviendrons sur les principes en traitant de la preuve testimoniale.

En supposant qu'il y ait abus du blanc seing, on demande si le signataire sera obligé envers les tiers qui, sur le vu de l'acte, auront traité de bonne foi avec celui qui en était porteur? L'affirmative n'est pas douteuse. Une procuration est signée en blanc; celui à qui elle a été remise inscrit un pouvoir général d'emprunter au nom du signataire. Celui-ci sera obligé pour tous les emprunts que le porteur de la procuration aura contractés, sans être admis à prouver contre les tiers qu'il y a eu abus de blanc seing. C'est la conséquence de sa signature, et c'est lui qui doit répondre de son imprudence; aux tiers prêteurs de bonne foi il n'y a aucun reproche à faire. Il en serait autrement

(1) Bourges, 21 novembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 146).
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 273, nº 265. Aubry et Rau, t. VI, p. 376 et note 5, § 756 (3ᵉ édition).
(3) Rejet, 5 avril 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 291).

si le blanc seing avait été soustrait à la personne à laquelle le signataire l'avait remis et si ensuite il avait été rempli frauduleusement par un tiers. Le signataire n'est pas responsable de la soustraction ni de ses suites, c'est à son égard un cas fortuit qui n'a rien de commun avec sa signature; les conséquences du délit retombent, dans ce cas, comme toujours, sur celui qui en est la victime(1).

202. Puisque la signature est de l'essence de l'acte, il s'ensuit que toutes les parties contractantes doivent signer pour que l'acte soit valable. L'article 1318 le dit pour l'acte authentique, nul comme tel, quand il doit valoir comme écriture privée; il faut donc appliquer à l'acte sous seing privé ce que nous avons dit sur l'article 1318. L'acte est nul s'il n'est pas signé de toutes les parties. Est-ce à dire que la convention soit nulle? Non, car dans les contrats non solennels l'écriture ne sert que de preuve; tout ce qui résulte de la nullité de l'acte, c'est que les parties n'auront pas de preuve littérale. Il en serait autrement si le défaut de signature impliquait le refus de traiter. Dans ce cas, il n'y aurait pas de consentement, et partant pas de contrat. Si c'est par négligence ou par ignorance que les parties ou l'une d'elles n'ont pas signé, l'acte sera simplement nul, mais la convention peut être valable, sauf aux parties à la prouver par les autres modes de preuve, tels que l'aveu des parties ou le serment (2).

La cour de Douai l'a jugé ainsi par un arrêt très-bien motivé. Dans l'espèce, l'acte ne portait aucune signature; cet acte est plus que nul, dit la cour, il n'a pas d'existence. On prétendait que la nullité était couverte par l'exécution de la convention constatée par l'acte non signé; l'arrêt répond que les actes qui n'existent pas ne peuvent être confirmés, il faudrait un nouvel acte valable en la forme. Mais, dans l'espèce, la chose vendue avait une valeur inférieure à 150 francs; ce qui permettait de prouver la convention par témoins; et pour établir l'existence

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 275, nos 267 et 268; Aubry et Rau, t. VI, p. 377, notes 6-8, et les autorités qui y sont citées.

(2) Colmar, 10 juillet 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3835).

de la vente, on pouvait invoquer les faits d'exécution, car il ne s'agissait pas de confirmer une convention inexistante, il s'agissait de prouver qu'elle existait (1).

203. Si l'acte est signé par quelques-unes des parties fera-t-il preuve à leur égard? Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1318 (n° 121). Il y a sur cette question un arrêt de la cour de cassation qui donne lieu à plus d'une critique. Il décide en termes absolus que la signature est la condition essentielle des actes sous seing privé; d'où il conclut que l'acte non signé ou non valablement signé par toutes les parties contractantes est nul, même à l'égard des parties qui ont signé. Cela est trop absolu; la cour elle-même corrige sa décision, en ajoutant que l'acte litigieux contenait une convention qui, d'après sa nature et l'intention des parties, n'était pas susceptible d'exécution partielle. Si la convention était susceptible d'exécution partielle, l'acte pourrait valoir à l'égard des signataires; il n'est donc pas exact de dire que l'acte non signé par toutes les parties contractantes est nul, même à l'égard de celles qui ont signé. Dans l'espèce, l'acte était signé par les parties, mais l'une d'elles, femme mariée, n'avait pas été autorisée; elle avait demandé et obtenu la nullité de son engagement. La cour en induit que l'acte n'était pas valablement signé et que, par suite, il était nul (2). N'est-ce pas confondre l'acte avec la convention? L'acte, comme tel, était valable, puisqu'il était signé de toutes les parties; si l'un des signataires avait consenti par erreur, dol ou violence, ou même ne pouvait consentir, l'acte n'en serait pas moins valable, mais la convention serait nulle ou inexistante; c'est donc la convention qu'il faudrait attaquer et non l'acte. La différence est grande. Si l'acte était nul comme portant une signature non valablement donnée, il ne pourrait servir de preuve à la convention et, par suite, celle-ci resterait sans exécution pour le tout, s'il n'y avait pas d'autre preuve; tandis que si la convention est consentie par un incapa-

(1) Douai, 7 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 62, 2°).
(2) Rejet, 9 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 215).

ble, l'incapable seul a le droit d'agir en nullité ; la convention reste valable à l'égard des autres parties.

204. Quand la convention, par sa nature, ne peut valoir à l'égard de l'une des parties, si elle est nulle à l'égard des autres, la question de la validité de l'acte non signé par toutes les parties est indifférente. Il s'agit d'un partage : il est de l'essence de cette convention que tous les copartageants y interviennent, si, comme nous le supposons, l'intention des parties est de faire un partage définitif et complet. Si l'une des parties n'a pas signé, parce qu'elle ne pouvait pas signer, l'acte sera nul en ce sens qu'il ne prouvera pas le partage même à l'égard des signataires, car ceux-ci n'ont pas voulu faire un partage partiel (1). Il faut toujours ajouter la réserve qu'il ne s'agit que d'une question de preuve ; il n'y aura pas de preuve littérale du partage, mais les parties seront admises à le prouver par les autres preuves légales.

Une société est formée entre trois personnes, la mère, la fille et son futur époux. L'acte porte que les trois associés contractent conjointement et solidairement : la mère apporte dans la société son mobilier, un bail à ferme, des bestiaux; les autres, leur travail et leur industrie. Il en résulte que, dans l'intention des parties, la convention doit exister entre les trois associés ; aucun d'eux n'a entendu s'obliger si les deux autres ne s'obligeaient également ; aucun d'eux n'a voulu une société à deux, tous ont voulu une société à trois. Or, il se trouve que l'une des parties n'a point signé. L'acte était donc nul ; la cour en conclut que la société est restée à l'état de projet et n'existe à l'égard d'aucune des parties contractantes (2). En fait, cela pouvait être ainsi, mais nous répétons ce que nous avons dit ailleurs, c'est que le défaut de signature ne prouve pas nécessairement le défaut de consentement ou le refus de traiter (n° 121).

205. La loi du 25 ventôse an XI prescrit diverses formes pour la rédaction des actes notariés, et la plupart

(1) Bruxelles, 16 novembre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 226). Comparez Bruxelles, 31 octobre 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 55).
(2) Bruxelles, 5 janvier 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 271).

doivent être observées sous peine de nullité. Ces formes s'appliquent-elles aux actes sous seing privé? La négative est certaine : il ne peut pas y avoir de formes, sous peine de nullité, sans texte. Mais on demande pourquoi la loi n'étend pas aux écritures privées les formes qu'elle a établies, à titre de garantie, pour les actes notariés. C'est que dans les actes reçus par un notaire la loi a dû compter sur l'intelligence et la science de l'officier public; encore peut-on reprocher au législateur d'avoir prodigué les formes, de sorte que la garantie a bien des fois nui à ceux dans l'intérêt desquels elle était établie ; nous en avons fait la remarque en traitant des formes testamentaires. La loi aurait manqué complétement son but si elle avait prescrit des formes sous peine de nullité pour les actes sous seing privé. Toullier dit qu'il eût été dangereux de soumettre ces actes, le plus souvent passés entre des hommes simples et de bonne foi, à des dispositions réglementaires qui font presque toujours naître plus de procès qu'elles ne préviennent d'abus. Voilà pourquoi le législateur n'a soumis les actes sous seing privé, en général, à aucune forme particulière. La date même n'est pas requise (1). Il eût été utile, dit-on, de la connaître pour savoir si les parties étaient capables de contracter (2). Mais l'incapacité des contractants est une rare exception : c'est à celui qui l'allègue de la prouver. Annulera-t-on tous les actes non datés, parce que dans des cas très-rares la date eût été utile?

206. La loi du 25 ventôse an XI interdit les surcharges et interlignes, à peine de nullité des mots surchargés ou interlignés (art. 16). Cette disposition n'est pas applicable aux actes sous seing privé, en ce sens que les mots surchargés ou interlignés ne sont pas nuls en vertu de la loi. Ce n'est pas à dire qu'ils soient toujours valables, c'est une question de fait que le juge décidera d'après les circonstances de la cause; les signataires de l'acte ont-ils approuvé les mots surchargés ou interlignés par leur si-

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 270, nos 257-259.
(2) Duranton, t. XIII, p. 128, no 127.

gnature, la validité n'en sera pas douteuse; mais ils sont admis à prouver que les mots surchargés ou interlignés n'existaient pas dans l'acte au moment de leur signature (1).

La jurisprudence est en ce sens. Dans un acte de vente sous seing privé le mot *non* ou *pas* (*niet*) était écrit hors ligne et au-dessus des mots auxquels on voulait le rapporter : faisait-il partie de l'acte, le bien litigieux n'appartenait pas à l'acheteur; si, au contraire, on l'annulait comme interligné, le bien lui appartenait. La cour de Bruxelles décida, en principe, qu'aucune loi n'exige que les mots interlignés soient approuvés dans les actes sous seing privé. En fait, l'arrêt dit qu'il résulte clairement de l'acte même et des circonstances de la cause que l'intention des parties n'avait pas été d'y comprendre le bien litigieux (2).

Quand les mots interlignés sont écrits de la main du signataire qui a écrit le corps de l'acte, une quittance par exemple, la validité des mots interlignés ne peut être contestée, à moins que le signataire ne prétende que ces mots n'ont pas été écrits par lui; il peut demander la vérification d'écriture, mais il ne peut demander la nullité de l'interligne parce qu'il ne l'aurait pas approuvée. Comme le dit très-bien la cour de Bordeaux, celui qui écrit les mots interlignés n'a pas besoin de les approuver : écrire de sa main les mots interlignés est une approbation aussi efficace que celle dont on ferait suivre la signature au bas de l'acte. Mais la cour a tort de poser en principe que les mots interlignés sont nuls lorsqu'il n'y a pas d'approbation; aucune loi n'exige qu'ils soient approuvés; et comment y aurait-il une nullité alors qu'il n'y a pas même de texte qui établisse la formalité (3)?

Ce que nous disons des interlignes s'applique aussi aux surcharges. Dans les actes notariés, les mots surchargés sont nuls; dans les actes sous seing privé, la validité ou la nullité est une question de fait. La cour de Caen a

(1) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 378, note 11, § 756 (3e édit.).
(2) Bruxelles, 10 janvier 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 11).
(3) Bordeaux, 17 juin 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3847).

annulé des mots surchargés parce que la surcharge n'avait pas été approuvée; ce motif n'était pas exact, il n'y a pas de loi qui exige l'approbation de la surcharge. Mais la cour ajoute un motif de fait qui est péremptoire : tout annonce, dit l'arrêt, que la surcharge n'a pas été le résultat d'un consentement mutuel (1).

La loi de ventôse exige encore que les renvois ou apostilles soient signés ou parafés (art. 15), sous peine de nullité. Il faut appliquer à cette formalité ce que nous venons de dire de l'interligne.

N° 2. ARTICLE 1325.

I. *Principe.*

207. « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits » (art. 1325). Ces dispositions ont été introduites par des arrêts du parlement de Paris dont le premier date de 1736: on les appelle la formalité du double écrit. Toullier critique vivement l'ancienne jurisprudence; elle reposait sur une erreur évidente. Le parlement posait en principe que l'on ne peut former de convention que par un acte : « un *acte*, disait-on, est absolument nécessaire pour établir qu'il y a eu une convention entre les parties. » Toullier répond que cette doctrine est en opposition avec les plus simples éléments de droit. Les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties; on ne les rédige par écrit que pour s'en procurer une preuve facile et sûre, mais elles n'en sont pas moins valables et obligatoires sans l'écriture (2). Il est inutile que nous insistnios sur un principe que nous avons tant de fois établi. Notons seulement que Toullier, qui le démontre si bien,

(1) Caen, 29 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 4, 417).
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 310, n° 313,

l'a parfois oublié; de sorte qu'il ne faut pas être trop sévère pour les magistrats qui l'ont méconnu au siècle dernier : praticiens avant tout, ils ne tenaient compte que des faits; or, quand la preuve littérale fait défaut et que la preuve testimoniale n'est pas admissible, que reste-t-il au demandeur? L'aveu et le serment. Preuves dérisoires lorsqu'on a affaire avec un malhonnête homme; et il faut bien croire que l'adversaire est de mauvaise foi, puisqu'il nie la convention; c'est dire que l'on ne peut s'en rapporter à sa conscience. Et quand il est impossible de prouver un contrat, il reste nécessairement sans exécution. C'est en ce sens que le parlement de Paris disait qu'un acte est nécessaire pour établir qu'il y a eu convention.

208. Les auteurs du code ont maintenu la formalité introduite par le parlement de Paris, mais ils ne la prescrivent pas comme condition de validité de la convention. Delvincourt déjà en a fait la remarque : « L'article 1325, dit-il, ne prononce pas la nullité de la convention, mais seulement celle de l'acte, c'est-à-dire que l'on ne peut pas se servir de l'acte pour prouver la convention; mais si elle peut être prouvée de toute autre manière approuvée par la loi, l'exécution en devra être ordonnée. » Toullier établit ce point avec un vrai luxe d'évidence (1); nous avons fait si souvent la distinction entre l'acte et la convention que nous croyons inutile de la répéter. Mais il est bon de constater que les auteurs du code, tout en rejetant la fausse doctrine du parlement de Paris, sont tombés dans la même confusion quand il s'est agi de motiver la disposition de l'article 1325. Ecoutons l'orateur du gouvernement : « Pour qu'un *acte* sous signature privée puisse *former* un *engagement* réciproque, il faut que chacun de ceux qui l'ont contracté puisse en demander l'exécution. » Est-ce que c'est l'*acte* qui *forme l'engagement?* Et quand même l'une des parties n'en pourrait demander l'exécution, faute de preuve, cela empêcherait-il le contrat d'être valable? Bigot-Préameneu parle comme praticien; et déjà

(1) Ajoutez Colmet de Santerre, t. V, p. 554, n° 288 *bis* I. Aubry et Rau, t. VI, p. 383, note 32, § 756 (3e édit.).

du temps de Dumoulin les praticiens confondaient la preuve avec la convention, parce que pour eux il n'y a pas de convention quand elle ne peut être prouvée par acte. Au fond, Bigot-Préameneu ne nie pas des principes qui ne sont pas contestables : il les reconnaît même implicitement. « S'il n'y a qu'une copie de l'acte, dit-il, elle ne peut servir de titre qu'à la partie qui en est saisie. » De *titre*, ainsi de *preuve*; c'est donc une question de preuve. « Les autres parties sont *comme si elles n'avaient pas de droit*, puisqu'elles n'ont aucun titre pour l'exercer. » Elles ont un droit, mais aux yeux des praticiens ce droit est dérisoire, puisqu'il est inefficace. « Lorsque les parties n'ont pas un droit qu'elles puissent réaliser, l'*engagement* doit être considéré comme s'il n'était pas réciproque, et dès lors *il est nul.* » Ici l'on voit le danger d'un langage inexact; non l'*engagement* n'est pas *nul*, c'est l'*acte* qui est *nul*, c'est la preuve littérale qui fait défaut; mais n'arrive-t-il pas tous les jours que l'on prouve des conventions par témoins, avec un commencement de preuve par écrit, parfois par aveu et serment? » Après avoir dit que les *engagements* sont *nuls*, l'orateur du gouvernement conclut en se servant des termes exacts de l'article 1325 : « Il faut donc pour la validité des *actes sous seing privé*, qui *contiennent* des *conventions* synallagmatiques, qu'ils soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (1). » La formalité du double écrit n'est donc pas exigée pour la validité de la *convention*, elle est prescrite pour la validité de l'*acte*; partant c'est l'*acte* qui est *nul*, quand il n'est pas fait en double; la convention peut être parfaitement valable, malgré la nullité de l'acte, sauf la difficulté de preuve.

Jaubert, le rapporteur du Tribunat, commet la même méprise. Après avoir dit que l'*acte* sous seing privé n'est valable que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, il ajoute : « Les motifs sont évidents; c'est parce qu'il ne peut y avoir de *contrat* synallagmatique que lorsque les parties sont éga-

(1) Exposé des motifs, n° 193 (Locré, t. VI, p. 181).

lement *liées*, et que cette égalité de *lien* n'existe pas lorsqu'il dépend de l'un des contractants de se soustraire, à son gré, à l'exécution de l'acte ou d'en réclamer l'accomplissement (1). »

209. Nous citons les paroles de Jaubert, non pour renouveler notre critique, mais parce qu'elles nous mettent sur la voie du vrai motif qui a fait établir la formalité du double écrit. Ce point est très-controversé; il importe cependant de préciser les motifs de l'article 1325, parce que l'interprétation de la loi en dépend. Que veulent les parties qui rédigent un écrit de leurs conventions? Elles veulent avoir une preuve littérale de leurs droits et de leurs obligations. Lorsque chacune d'elles est débitrice et créancière, il leur importe d'avoir une preuve de leurs stipulations et de leurs engagements; il faut donc que chacune ait un original de l'acte, car celle qui n'en aurait pas serait à la merci de l'autre, qui pourrait produire l'acte ou le supprimer. L'égalité qui doit régner entre contractants exige donc que l'on rédige autant d'originaux de l'acte qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Tel est le motif que les auteurs du code donnent de la formalité du double écrit. Pourquoi les interprètes ne s'en contentent-ils pas? Si, dit-on, l'une des parties s'en rapporte à la bonne foi de l'autre, elle doit supporter les conséquences de son imprudence, mais ce n'est pas une raison pour que le législateur annule la preuve écrite qui existe (2). L'objection nous paraît d'une faiblesse extrême. N'est-ce pas pour garantir les intérêts des parties que le législateur prescrit des formes? Il doit donc les organiser de façon que tous les droits soient également sauvegardés. Cette considération suffit pour justifier la formalité de l'article 1325.

Les motifs que l'on a substitués à ceux du législateur sont loin d'avoir la même force. D'abord ils sont suspects parce que le législateur les ignorait; ils sont inventés par les interprètes, ils reposent donc sur une pure supposi-

(1) Rapport au Tribunat, n° 11 (Locré, t. VI, p. 226).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 379, note 13, § 756 (3e édit.). En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 554, n° 288 *bis* II.

tion. D'après Zachariæ, la circonstance qu'un acte contenant une convention synallagmatique n'aurait été rédigé qu'en un seul original emporterait *présomption légale* que cette convention est restée à l'état de simple projet. Y a-t-il une présomption *légale* sans *loi?* L'article 1350 répond que la présomption légale est celle qui est attachée par une *loi spéciale* à *certains* actes ou à *certains* faits. Où est la *loi spéciale* qui établit la présomption imaginée par Zachariæ? Le législateur s'est bien gardé de l'établir. Où est la probabilité que les parties se mettent à rédiger un *acte* et le *signent,* alors qu'elles n'ont pas encore arrêté leurs conventions? *Signe*-t-on un *acte* si cet acte ne contient que des pourparlers qui n'ont pas abouti? Inutile d'insister; les éditeurs de Zachariæ ont abandonné sur ce point l'opinion du jurisconsulte allemand, mais celle qu'ils ont adoptée ne nous paraît guère plus acceptable. Lorsqu'il n'y a qu'un seul original, disent-ils, quoique signé des deux parties, celle contre laquelle l'exécution de la convention est poursuivie peut soutenir que la convention est restée à l'état de simple projet, parce que si elle avait entendu s'engager définitivement, elle aurait demandé la remise d'un second original, afin de pouvoir en administrer la preuve. C'est en tenant compte de cette intention que le législateur refuse à l'acte rédigé en un seul original l'effet de prouver la conclusion définitive d'une convention synallagmatique (1). On voit que c'est toujours la supposition tout à fait gratuite de Zachariæ, il n'y a que la *présomption légale* qui a disparu. Il y a une autre supposition bien plus naturelle : c'est qu'un seul original a été dressé par ignorance, par négligence et parfois par calcul, pour se réserver le droit de revenir sur une convention, en écartant la seule preuve qui en puisse être fournie. La convention est donc formée et définitive, il n'y a que la preuve littérale qui fasse défaut. Mais de ce que la preuve est irrégulière, conclura-t-on qu'il n'y a pas eu de conven-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 379, note 13, § 756. C'est l'opinion de Merlin et de Marcadé. Il faut ajouter Mourlon qui, tout en combattant cette explication, l'admet (t. II, p. 815, n° 1550). En sens contraire, Larombière, t. IV, p. 335, n° 10 de l'article 1325 (Ed. B., t. III, p. 20).

tion? Le bon sens répond que, tant qu'il n'y a pas de convention, on ne dresse pas d'acte.

II. *Des formes prescrites par l'article* 1325.

1. DU DOUBLE ÉCRIT.

210. « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables que s'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » (art. 1325). Quand il n'y a que deux personnes dans une convention, un vendeur et un acheteur, un bailleur et un preneur, chacune doit avoir un original, car chacune a un intérêt distinct, puisque chacune a action contre l'autre en vertu du contrat. Tel est le cas ordinaire, et c'est pour cette raison que l'on appelle la formalité prescrite par la loi, la formalité du *double* écrit. Quand il figure plus de deux personnes dans un contrat, il ne doit pas y avoir nécessairement autant d'originaux que de personnes. Si chacune a un intérêt distinct, chacune doit avoir son original; mais si plusieurs personnes ont le même intérêt, il suffit qu'elles aient un seul original. La loi le dit formellement. Quand peut-on dire que plusieurs personnes ont un intérêt distinct ou qu'elles ont le même intérêt? La question est importante, car si une personne ayant un intérêt distinct n'a pas d'original, l'acte est nul et la nullité de l'acte entraîne souvent l'impossibilité de prouver la convention.

En prenant pour point de départ une convention où figurent deux personnes, on doit dire que celle des parties contractantes qui a une action en vertu du contrat contre l'autre doit avoir un original; si elle n'en avait pas, elle serait dans l'impossibilité de prouver son droit, et c'est précisément là ce que le législateur a voulu empêcher. Mais si deux personnes ont une seule et même action, il est inutile qu'elles aient deux originaux, car n'ayant qu'une action, il leur suffit d'un seul écrit pour former cette action. Tels seraient deux copropriétaires qui vendraient la chose qu'ils ont en commun; comme

covendeurs, ils ont le même intérêt, parce qu'ils n'ont qu'une seule et même action ; donc un seul original leur suffit pour former leur demande. Et si la demande est formée par l'acheteur, elle s'adressera également aux deux covendeurs, donc un original leur suffira encore pour se défendre. On dira qu'il peut s'élever un débat entre les copropriétaires qui ont vendu pour la liquidation de leurs droits. Sans doute, mais cette action ne naît pas du contrat de vente, elle naît du fait juridique qui a produit la copropriété; celle-ci est étrangère à l'acte de vente, il est donc inutile, sous ce rapport, que les deux covendeurs aient chacun un original de l'acte de vente (1).

La loi dit que chacune des parties ayant un intérêt distinct doit avoir un original de l'acte. On entend par original un exemplaire identique et portant toutes les signatures des parties qui doivent signer; nous dirons plus loin qui doit signer. Il est clair qu'une copie contenant la reproduction des signatures ne remplirait pas le vœu de la loi; cette copie serait parfaitement inutile à celui qui l'a, puisqu'elle n'a aucune force probante, et c'est une preuve que le législateur a voulu assurer à chacune des parties intéressées (2).

211. Tel est le principe. L'application a soulevé bien des difficultés; nous citerons quelques exemples empruntés à la jurisprudence. Dans un contrat de vente, un créancier du vendeur intervient à l'acte et accepte la délégation d'une partie du prix que lui fait son débiteur. A-t-il un intérêt distinct et, par suite, l'acte doit-il être fait en trois originaux? L'acte ne fut rédigé qu'en double; le vendeur s'en prévalait pour demander la nullité de l'acte. Il a été jugé que le créancier avait un intérêt distinct, ce qui n'était guère douteux. En effet, l'acte comprenait deux conventions, une vente et une délégation

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 382, § 756. Colmet de Santerre, t. V, p. 555, n° 288 *bis* IV. Larombière, t. IV, p. 347, n° 23 de l'article 1325 (Éd. B., t. III, p. 24). Amiens, 24 prairial an XIII (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4036).

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 555, n° 288 *bis* III.

du prix au créancier du vendeur; la délégation n'était pas une simple indication d'une tierce personne chargée de toucher le prix, c'était une délégation parfaite emportant novation, ce qui était décisif. L'acte de vente fut annulé (1).

Le mari survivant partage la communauté avec ses enfants; tous les actes sont dressés sous seing privé et faits en double. L'un des enfants demanda la nullité du partage, en se fondant sur la nullité de l'acte de partage, lequel avait été fait en double, alors qu'il aurait dû être fait en trois originaux, puisqu'il y avait trois copartageants. Cette demande a été rejetée. Il n'y avait manifestement que deux intérêts distincts, dit la cour de Bruxelles, celui du père et celui des enfants, qui était le même pour tous deux; donc il suffisait de faire l'acte en double (2). En règle générale, la cour a raison; dans un partage de communauté, il n'y a que deux intérêts en présence : celui du conjoint survivant et celui des héritiers du conjoint prédécédé. C'est ainsi que la cour de cassation a validé un acte fait en double par lequel la mère veuve cédait à ses enfants tous ses droits moyennant un usufruit et une rente viagère: quoiqu'il y eût plusieurs enfants, leur intérêt était identique, donc un seul original suffisait pour soutenir leurs droits soit en demandant, soit en défendant (3). Mais dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, il y avait une circonstance particulière qui donnait à l'un des enfants un intérêt distinct; il était mineur et le partage n'avait pas été fait dans les formes voulues par la loi; ce qui lui donnait une action en nullité que l'autre enfant n'avait point. En droit, leurs intérêts étaient donc distincts, partant il fallait un original à chacun d'eux.

Une femme mariée intervient dans un contrat synallagmatique comme caution des engagements contractés par son mari; a-t-elle un intérêt distinct de celui du débiteur principal? La cour de cassation a décidé la question affir-

(1) Bruxelles, 18 décembre 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 539).
(2) Bruxelles, 29 janvier 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 23).
(3) Rejet, 2 mars 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3009).

mativement. Il n'y avait guère de doute : l'intérêt de la femme caution ne se confond pas avec celui du mari débiteur ; en effet, le cautionnement donne à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari; voilà deux intérêts distincts, opposés même. L'acte n'ayant été fait qu'en double, la cour de Paris l'annula et, sur le pourvoi, sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet (1).

Deux frères institués légataires par leur tante, à l'exclusion de leur frère aîné, souscrivent un arrangement de famille, par lequel ils renoncent au bénéfice du testament et consentent à partager la succession par parts égales. Fallait-il dresser l'acte en trois originaux? L'un des frères avantagés le prétendit; il succomba en appel et en cassation; les deux frères institués légataires avaient un intérêt identique, ils y renonçaient sans rien stipuler comme compensation; on pouvait donc soutenir que la convention qu'ils avaient souscrite était un acte unilatéral, ce qui rendait l'article 1325 inapplicable (2). A plus forte raison ne fallait-il pas un original pour chacun des légataires ; vainement l'un des frères disait-il que le testament lui donnait les meubles de sa tante par préciput; s'il s'était réservé ces droits, il eût, sans doute, fallu un original pour sauvegarder ses intérêts, mais il renonçait à tous ses droits; qu'importait alors qu'il fût légataire par préciput (3)?

212. Les actes doivent être, en principe, signés par toutes les parties contractantes. Quand il n'y a qu'un seul original, cela est d'évidence; mais s'il y en a plusieurs, est-il nécessaire que chacun des originaux soit revêtu de toutes les signatures. Il est d'usage que celui à qui l'original est remis ne le signe pas; la jurisprudence a consacré cet usage. Pourquoi le bailleur signerait-il le double qui lui est remis? Il n'en a besoin que pour prouver les obligations du preneur; or, celui-ci a signé, cela suffit ; il est inutile que le bailleur le signe, parce qu'il

(1) Rejet, 23 août 1853 (Dalloz, 1854, 1, 105).
(2) Comparez Paris, 27 janvier 1806 (Dalloz, n° 4005, 2°).
(3) Bruxelles, 1er août 1837, et Rejet, 19 novembre 1838 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 195; et 1838, 1, 390).

ne lui faut pas de preuve contre lui-même. Cela est de tradition (1).

213. Il est arrivé que les deux originaux ne concordaient point. On demande si l'acte est valable, et ce que l'on fera de la clause qui se trouve dans l'un des originaux sans être dans l'autre? Les deux originaux doivent être d'une identité parfaite, car c'est une seule et même preuve d'un seul et même fait juridique. De là il faut conclure, nous semble-t-il, que la clause qui n'est insérée que dans l'un des doubles ne fait pas foi, car elle est irrégulière; elle n'est pas faite en double, donc elle est nulle, sauf à celui qui prétend qu'il y a erreur à en faire la preuve. Il est dit dans le double du bailleur que le preneur doit payer la contribution foncière, tandis que cette clause ne se trouve pas dans le double du preneur. Le premier juge décida que la clause n'étant pas dans les deux originaux n'avait aucune force probante; il refusa d'admettre la preuve contraire, parce que l'article 1341 n'admet pas la preuve testimoniale contre les actes et qu'il n'y avait point de commencement de preuve par écrit. Sur ce point, la cour d'appel réforma le jugement de première instance; ce n'est pas prouver contre l'acte que de prouver l'erreur ou le dol. Après enquête et contre-enquête, la cour de Caen décida que la clause devait être maintenue, puisqu'il avait été convenu que le fermier payerait la contribution foncière (2).

S'il y a doute, faudra-t-il appliquer la règle d'après laquelle la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation? On le prétend (3). Nous croyons que l'article 1162 est inapplicable; il suppose que la convention est prouvée et qu'il ne s'agit que de l'interpréter; or, dans l'espèce, il s'agit, non d'interpréter une clause, mais de savoir si elle existe.

(1) Duranton, t. XIII, p. 163, n° 156, et tous les auteurs. Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 4026. Il faut ajouter Bruxelles, 16 novembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 319); Rennes, 15 novembre 1869 (Dalloz, 1874, 5, 403, n° 10).

(2) Caen, 1er mai 1812. Comparez Rennes, 18 février 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4057).

(3) Larombière, t. IV, p. 369, n° 45 de l'article 1325 (Ed. B., t. III, p. 32).

Le juge peut donc se décider en faveur du créancier, comme l'a fait la cour de Caen. Même décision de la cour de Bruxelles (1).

Il va sans dire qu'en cas de fraude toute preuve est admise et que la clause ajoutée ou altérée frauduleusement doit être effacée. Dans un acte de remplacement, l'agent de la compagnie s'était porté *caution;* c'est ce que portait l'original de l'acte remis au remplacé, tandis que l'original de l'agent disait qu'il se portait fort. La cour de Bordeaux constata et flétrit la fraude et elle décida, en conséquence, que la clause de cautionnement serait maintenue. Il y eut néanmoins pourvoi en cassation, suivi, cela va sans dire, d'un arrêt de rejet. « Si, dit la cour, il n'y a pas conformité absolue entre les deux doubles, l'arrêt attaqué a reconnu et formellement déclaré que la différence était le résultat de la fraude et que cette fraude était l'œuvre du demandeur en cassation, lequel dès lors ne pouvait se prévaloir de cette prétendue irrégularité (2). »

2. DE LA MENTION DES DOUBLES.

214. « Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits » (art. 1325). Cette formalité a pour objet d'empêcher la mauvaise foi, qu'il faut toujours craindre quand des intérêts pécuniaires sont en cause. La partie qui voudrait rompre une convention n'aurait qu'à supprimer le double qu'elle a reçu ou à le nier; ce qui obligerait la partie adverse de prouver que l'acte a été fait double, preuve très-difficile, et si elle n'était pas faite, l'acte serait irrégulier et, par suite, ne servirait plus de preuve. La mention prévient cette fraude, puisque chacune des parties possède un original où se trouve inscrite la déclaration, c'est-à-dire l'aveu de la partie adverse que la formalité du double écrit a été remplie (3).

(1) Bruxelles, 8 décembre 1824, et Rejet, 25 février 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 1, p. 44).
(2) Rejet, 16 mai 1859 (Dalloz, 1859, 1, 373).
(3) Mourlon, t. II, p. 813, nº 1544.

215. La mention porte que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; elle ne fait pas connaître le nombre des originaux qui ont été dressés. On demande si la mention est suffisante. La jurisprudence et la plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative (1). Cela nous paraît très-douteux. Constatons d'abord que la mention ainsi formulée n'est pas conforme au texte de la loi; l'article 1325 dit que « chaque original *doit* contenir la mention du *nombre* des originaux qui en ont été faits ». Or, dire que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, ce n'est pas mentionner le *nombre* des originaux; donc la formalité n'est pas remplie. Dira-t-on que c'est s'attacher trop servilement au texte? Nous répondons que l'esprit de la loi aussi commande cette rigueur. Il y a plusieurs parties intéressées : l'une prétend qu'elle n'a pas reçu de double, bien qu'elle eût un intérêt distinct. Lui opposera-t-on la mention? Elle ne prouve rien par elle-même, car les rédacteurs de l'acte ont pu croire que l'une des parties qui y figure n'avait point d'intérêt distinct. Donc il se pourrait que l'une des parties qui a réellement reçu un double le niât, et l'on ne pourrait pas prouver sa mauvaise foi en lui opposant la mention. C'est dire qu'elle ne prévient pas la mauvaise foi; elle n'atteint donc pas le but que le législateur a eu en vue.

Il n'y a qu'un cas dans lequel la mention litigieuse serait réellement équipollente, c'est quand il y a seulement deux parties, par exemple, un bailleur et un preneur. En effet, la mention que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct prouve qu'il a été rédigé en plusieurs originaux ; or, il suffit qu'il y en ait deux dans l'espèce (2). Dans une autre espèce, la cour d'appel a décidé que la mention était suffisante, mais en ajoutant que le contrat était avoué et exécuté, ce qui couvrait l'irrégularité de l'acte, et c'est sur ce motif que se

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 383, § 756. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4049.
(2) Orléans, 11 mars 1858 (Dalloz, 1861, 5, 382).

fonde l'arrêt de rejet (1). La cour de Bordeaux paraît s'être décidée par la considération que les parties intéressées avouaient avoir reçu un double (2). Cet aveu serait insuffisant pour couvrir le défaut de mention; à notre avis, il est aussi insuffisant pour couvrir l'irrégularité de la mention; car si les parties avouent, elles peuvent aussi nier, et c'est pour les empêcher de nier frauduleusement que la loi a prescrit la mention (3).

216. La mention que l'écrit a été fait double peut être fausse; si la fausseté est prouvée, la formalité légale n'est pas remplie et, par suite, l'acte sera nul. Sur ce point, il n'y a aucun doute (4). Mais comment établir que la mention est mensongère? Faudra-t-il s'inscrire en faux? Non. Il ne s'agit pas d'une mention par laquelle un officier public constate qu'il a rempli une formalité prescrite par la loi. Ce sont des particuliers qui mentionnent l'accomplissement d'une formalité; or, dans les actes sous seing privé, toutes les énonciations, toutes les mentions ne sont que des déclarations; elles font foi jusqu'à inscription de faux du fait matériel que les parties les ont insérées dans l'acte, elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire de la sincérité de ce qui est dit dans l'acte. Donc la fausseté de la mention pourra être établie par la preuve contraire. La difficulté est de savoir quelle est cette preuve? L'article 1341 répond à la question; il n'admet pas la preuve testimoniale contre ce qui est dit dans l'acte; donc les parties ne seront pas admises à prouver par témoins que la mention du double écrit est fausse. Nous établirons le principe et la restriction qu'il reçoit en traitant de la preuve testimoniale. Il suit de là que la fausseté de la mention ne pourra être établie que par la preuve littérale, par l'aveu ou le serment (5).

La jurisprudence est en ce sens. Quand les parties intéressées allèguent seulement que la mention est fausse,

(1) Lyon, 18 février 1832, et Rejet, 4 juillet 1833 (Dalloz, n° 3833).
(2) Bordeaux, 22 mai 1832 (Dalloz, n° 4060, 4°).
(3) En ce sens, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 501, note 8.
(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 383, note 30, § 756.
(5) Colmet de Santerre, t. V, p. 556, n° 288 *bis* VII. Larombière, t. IV, p. 352, n° 28 de l'article 1325 (Ed. B., t. III, p. 26).

sans offrir la preuve de leurs allégations, il va sans dire que foi reste à l'acte ; en justice, il ne suffit pas d'affirmer, il faut prouver (1). Nous disons que foi est due à l'acte en ce qui concerne la mention, comme à tout ce qui est dit dans l'acte, en ce sens que la preuve contraire par témoins n'est pas admise. C'est la disposition de l'art. 1341 ; la jurisprudence l'applique aux parties qui soutiennent que la mention est fausse (2). Quant aux tiers, nous dirons plus loin que l'article 1341 ne leur est pas applicable. Les règles établies par l'article 1341 reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ; dans ce cas, on peut prouver par témoins qu'il n'y a pas eu de double, vu qu'aucun double n'a été remis à la partie qui demande la nullité de l'acte (3).

217. On suppose qu'il n'y a pas de mention, mais il est constant que l'acte a été fait en double ; la formalité a donc été remplie. En résultera-t-il que l'acte est valable? La négative est certaine. Jaubert le dit dans son rapport au Tribunat et tel est aussi l'avis de tous les auteurs. La loi exige deux conditions pour la validité de l'acte qui renferme des conventions synallagmatiques : d'abord elle veut que l'acte soit fait double, puis elle prescrit la mention des doubles. Chacune de ces conditions est de rigueur ; donc il ne suffit pas que la première soit remplie pour que l'acte soit valable. Cette décision est aussi en harmonie avec les principes généraux. Quand la loi prescrit, sous peine de nullité, la mention de l'accomplissement d'une formalité, l'acte est nul, par cela seul que la mention ne s'y trouve pas, alors même la formalité aurait été accomplie. Il y a une raison de cette sévérité ; la mention est la garantie de l'accomplissement de la formalité ; il faut donc la mention pour que le but de la loi soit atteint (4).

(1) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4051. Bruxelles, 12 août 1867 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 420).

(2) Bruxelles, 14 mars 1864 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 243). Rejet, 19 novembre 1838, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1838, 1, 390).

(3) Bruxelles, 5 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 331). Comparez Gand, 19 janvier 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 75). Liége, 6 novembre 1858 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 121).

(4) Jaubert, 2e rapport, n° 11 (Locré, t. VI, p. 227). Aubry et Rau,

III. *A quels actes s'applique l'article* 1325.

218. L'article 1325 s'applique aux « actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques. » Tel est le texte; la formalité du double n'est donc prescrite que pour les contrats synallagmatiques. L'art. 1102 définit le contrat synallagmatique celui par lequel les contractants s'obligent les uns envers les autres, au moment où la convention se forme. C'est ce que, dans le langage de l'école, on appelle contrats synallagmatiques parfaits; mauvaise locution, comme nous l'avons dit ailleurs, car elle suppose qu'il y a d'autres contrats synallagmatiques que ceux que l'article 1102 définit, des contrats bilatéraux imparfaits. Ce langage incorrect est si bien entré dans nos habitudes, que Toullier critique la rédaction de l'article 1325; le législateur, dit-il, aurait dû dire « conventions synallagmatiques *parfaites* » (1). Non, car la loi ignore cette terminologie; ce sont les auteurs qui ont tort de s'en servir.

Dans l'article 1325, il est absurde de supposer que la loi puisse s'appliquer à d'autres conventions que des conventions synallagmatiques, dites parfaites. Quand rédige-t-on les actes? Au moment où les parties contractent; si à ce moment chacune d'elles est obligée, chacune doit avoir la preuve de l'obligation contractée par l'autre partie; donc l'acte doit être fait en double. Mais si, à ce moment, une seule des parties est obligée, la formalité du double écrit n'a plus de raison d'être. Qu'importe que plus tard la partie qui n'est pas obligée se trouve obligée? Les parties peuvent-elles prévoir un pur accident? et en vue de cette éventualité, faudra-t-il qu'elles rédigent un double qui, le plus souvent, sera inutile? Cela n'aurait pas de sens. Le législateur s'est bien gardé de prescrire des formes sans utilité aucune. C'est lors du contrat que les parties doivent savoir dans quelle forme elles sont

t. VI, p. 383 et note 31, § 756. Larombière, t. IV, p. 352, n° 29 de l'article 1325 (Ed. B., t. III, p. 26). Colmet de Santerre, t. V, p. 556, n° 288 *bis* VI.

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 328, n° 326.

tenues de rédiger l'acte; si, à ce moment, il n'y a pas de conventions synallagmatiques dans le sens légal du mot, il n'y aura pas lieu d'appliquer l'article 1325, l'acte ne devra pas être fait en double (1).

219. L'application du principe ne souffre pas de difficultés sérieuses; les caractères qui distinguent les conventions unilatérales et les conventions synallagmatiques sont nettement tranchés, si l'on s'en tient aux définitions de la loi. Parmi les contrats dont le code a formulé les principes, il n'y en a que quatre qui soient bilatéraux de leur nature : la vente, le louage, la société et la transaction; il faut ajouter le partage. C'est le plus usuel des contrats, la vente, qui a donné lieu à une controverse, bien qu'il n'y eût pas lieu à controverse. Dans quelle forme doit-on constater les souscriptions à des ouvrages de librairie? Ces souscriptions ne sont autre chose qu'une promesse bilatérale de vente; or, ces promesses valent vente, puisqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix : cela est décisif. En fait, les choses ne se passent pas ainsi; les libraires se contentent d'un bulletin signé par le souscripteur. Ces bulletins font-ils foi de la vente? La négative est certaine, puisqu'elle est écrite dans l'article 1325. Vainement invoque-t-on l'usage contraire: est-ce qu'un usage a la force d'abroger la loi? La jurisprudence et la doctrine se sont prononcées pour l'application de l'article 1325 (2).

220. Le contrat est unilatéral lorsque l'une des parties seulement est obligée envers l'autre en vertu de la convention. Telles sont les promesses unilatérales de vente; le mot même indique qu'il s'agit d'un contrat unilatéral; la vente proprement dite ne se réalise que lorsque la partie qui ne s'était pas engagée d'abord consent ensuite à vendre ou à acheter. La promesse unilatérale d'acheter ou de vendre n'est donc pas soumise à la formalité du double (3).

(1) Cassation, 26 octobre 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4005, 3°).
(2) Paris, 1er mai 1848 (Dalloz, 1849, 2, 79). Aubry et Rau, t. VI, p. 380 et note 16, § 756.
(3) Bourges, 15 juin 1841 (Dalloz, 1847, 1, 347).

Le cautionnement est un contrat unilatéral, parce que la caution seule s'oblige envers le créancier; le créancier ne s'oblige point envers la caution. Cette question si simple a cependant été portée bien des fois devant les tribunaux. Ce qui fait illusion aux personnes peu familiarisées avec le droit, c'est que la caution a des droits à exercer; elle jouit du bénéfice de division et de discussion, elle a un recours contre le débiteur. Sans doute, mais pour exercer ces droits, elle n'a pas besoin d'un double; par cela seul qu'on la poursuit comme caution, elle peut opposer les bénéfices que la loi lui accorde, car elle les tient de la loi. Quant à son recours, il lui suffit de prouver le payement qu'elle a fait. Il est donc inutile qu'elle ait un double du contrat auquel elle accède (1). Peu importe qu'elle intervienne dans l'acte même qui constate la dette ou qu'elle s'oblige séparément; dans toute hypothèse, c'est elle seule qui contracte une obligation à l'égard du créancier, celui-ci ne s'oblige pas envers elle, donc il n'y a pas de convention bilatérale, ce qui exclut l'application de l'article 1325 (2).

Les comptes que le débiteur rend à son créancier sont également des actes unilatéraux. En effet, le créancier ne contracte pas d'obligation envers le débiteur: le compte laisse-t-il un reliquat, c'est le débiteur reliquataire qui sera seul obligé; n'y a-t-il pas de reliquat, ou le débiteur s'acquitte-t-il au moment où il rend son compte, le créancier se borne à lui accorder décharge; dans ce cas, personne n'est obligé; donc dans toute hypothèse, l'art. 1325 est inapplicable (3). Cependant il est arrivé, pour les arrêtés de compte, ce que nous venons de dire des actes de cautionnement; ils donnent lieu à de fréquents débats en ce qui concerne la forme. On s'imagine que l'arrêté de compte est un acte bilatéral, parce que le compte est

(1) Rejet, 22 novembre 1825 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 355). Orléans, 29 mai 1845 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4007) Rejet, 3 avril 1850 (Dalloz, 1850, 1, 165).

(2) Bruxelles, 24 mai 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 197); 28 décembre 1823 (*ibid.*, 1823, p 559), et Liége, 24 juin 1820 (*ibid.*, 1820, p. 167).

(3) Larombière, t. IV, p. 340, n° 14 de l'article 1325 (Ed. B., t. III, p 21). Voyez la jurisprudence française dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 4009.

rendu en vertu d'un contrat bilatéral; c'est un fermier, par exemple, qui règle ses comptes avec le bailleur. De ce que le bail est un contrat bilatéral, doit-on conclure que le compte arrêté entre les parties est aussi un contrat synallagmatique? Non, certes. Autre est le contrat de bail, autre est l'arrêté de compte. Quand les parties intéressées règlent leurs comptes, c'est pour constater qui est débiteur ou créancier et surtout pour déterminer le montant de la dette; lorsque le fermier se reconnaît débiteur de la somme portée à l'acte, où est l'engagement bilatéral? Le fermier seul s'oblige à payer la somme dont il est débiteur; il n'y a pas même d'apparence d'une convention synallagmatique (1), pas plus que dans un compte que le mandataire rend au mandant (2).

221. Il y a des contrats qui, par leur nature, sont unilatéraux : peuvent-ils devenir bilatéraux par la volonté des parties contractantes, c'est-à-dire lorsque la partie qui d'ordinaire n'est pas obligée contracte une obligation en vertu de la convention? Nous avons enseigné l'affirmative. La question est controversée, notamment en ce qui concerne l'application de l'article 1325. Quand le mandat et le dépôt sont gratuits, le contrat est unilatéral; devient-il synallagmatique lorsque le mandataire et le dépositaire sont salariés? Dans notre opinion, oui : il y a une convention synallagmatique, donc le texte de l'article 1325 est applicable; chacune des parties a action contre l'autre, donc chacune doit avoir une preuve de l'obligation contractée à son égard. Que dit-on pour l'opinion contraire? Duranton avoue que la stipulation d'un salaire donne au contrat le caractère d'un *véritable contrat synallagmatique*, puisque les deux parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre. L'aveu est décisif; dès que le contrat devient bilatéral, l'article 1325 doit recevoir son application. Duranton cite l'article 1985, d'après lequel le mandat peut être donné, même par lettre. Nous répondons qu'il en est de même, dans l'opi-

(1) Liége, 23 janvier 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 150).
(2) Bruxelles, 20 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 157). Comparez chambre de cassation de Bruxelles, 18 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 208).

nion générale, de la vente, ce qui n'empêche pas que lorsque les parties rédigent un *acte*, elles soient tenues de se conformer à l'article 1325. L'objection a plus de force dans l'opinion que nous essayons de défendre; nous n'admettons pas que la vente en matière civile puisse se prouver par correspondance : comment concilier cette doctrine avec l'article 1985, en ce qui concerne le mandat salarié? Ne faut-il pas dire que l'article 1985 déroge à l'article 1325? Il est difficile d'admettre que, dans une même loi, un article déroge à l'autre; il y a une autre interprétation, la plus simple et, par conséquent, la meilleure. Le législateur prévoit le cas ordinaire; or, le mandat est gratuit de sa nature, c'est au mandat gratuit qu'il faut restreindre la disposition de l'article 1985. Nous reviendrons encore sur la question. Quant au dépôt, Duranton se borne à dire qu'il y a parité de motifs.

On donne une autre raison qui est plus mauvaise que celle à laquelle nous venons de répondre. Le mandat et le dépôt cessent, dit-on, à la volonté du mandant et du déposant; on en conclut que l'obligation de ceux-ci de payer le salaire n'aura que la durée qu'ils voudront lui donner. Eh! qu'importe? Sans doute, quand le mandat ou le dépôt sont révoqués, le mandataire et le dépositaire ne peuvent plus réclamer de salaire pour l'avenir, mais ils le peuvent pour le passé, donc ils ont action et dès qu'ils ont action, ils ont droit à un double d'après le texte et d'après l'esprit de la loi. Il y a d'autres contrats bilatéraux qui cessent par la volonté de l'une des parties : cela est de droit pour la société et cela peut être stipulé dans le bail; est-ce à dire que ces contrats cessent d'être bilatéraux et qu'on ne doit pas leur appliquer l'article 1325 (1)?

222. Les auteurs qui enseignent que le mandat et le dépôt restent des contrats unilatéraux, quoique le mandant et le déposant contractent des obligations, admettent néanmoins que les contrats unilatéraux de leur nature peuvent devenir synallagmatiques, si lors du con-

(1) Duranton, t. XIII, p. 157, n° 150. Aubry et Rau (t. VI, p. 380, note 26) se bornent à renvoyer à Duranton, sans donner aucun motif.

trat la partie non obligée s'engage envers l'autre. Il nous semble que la contradiction est évidente. Le cautionnement, de l'avis de tout le monde, devient un contrat bilatéral lorsqu'un tiers se rend caution d'une dette déjà exigible, sous l'engagement pris par le créancier de n'en exiger le payement que dans un délai convenu ou sous toute autre condition qui implique une obligation du créancier (1). A notre avis, il n'y a pas le moindre doute, puisque l'on est dans le texte et dans l'esprit de l'article 1325. La jurisprudence est dans le même sens (2). Une vente se fait avec clause de rachat; les vendeurs restent en possession à titre de locataires; un tiers se porte caution en leur faveur sous la clause suivante : si le réméré n'est pas exercé dans les deux ans, l'acheteur ne restera pas comme propriétaire, mais il recevra de la caution le remboursement du prix qu'il avait payé et subrogera celle-ci dans tous les droits du vendeur à réméré. L'acte n'ayant pas été fait en double, la caution en opposa la nullité. Cette exception fut rejetée par la cour de Dijon qui décida que le cautionnement était un acte essentiellement unilatéral et qu'il ne changeait pas de nature par les conditions qu'y ajoutait la caution. Cette décision a été cassée. La clause ajoutée à l'acte dérogeait à l'article 1662 qui investit définitivement l'acquéreur quand le rachat ne s'est pas fait dans le temps convenu; elle modifiait donc la vente dans le principal effet qu'elle devait produire par suite de la clause de rachat; l'acheteur renonçait à son droit de propriété moyennant la restitution du prix avec l'obligation de céder tous ses droits à la caution. De là suit que l'acte de cautionnement renfermait de la part du créancier un engagement formel au profit de la caution, engagement absolument étranger au cautionnement, quoiqu'il en fût la condition. Ainsi la caution s'obligeait et le créancier contractait à son égard

(1) Duranton, t. XIII, p. 159, n° 152; Aubry et Rau, t. VI, p. 380 et note 21, § 756.

(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4007, 1°).

des obligations corrélatives. Dès lors l'article 1325 était applicable (1).

Il en serait de même, par identité de motifs, si le débiteur contractait un nouvel engagement envers le créancier par l'acte de cautionnement (2). Le créancier consent à proroger le terme du payement et à rayer l'inscription hypothécaire qu'il avait prise, sous la condition du cautionnement que le débiteur lui offre ; voilà des obligations synallagmatiques résultant du cautionnement; dès lors l'acte tombe sous l'application de l'article 1325 (3).

223. Si, au moment où l'acte est rédigé, la convention a cessé d'être synallagmatique, faudra-t-il néanmoins que l'acte soit rédigé en double? Ainsi posée, la question doit certes être décidée négativement; dès qu'il n'y a plus d'obligations réciproques, on est hors du texte et de l'esprit de l'article 1325 (4). On en trouve un exemple dans un arrêt récent de la cour de cassation. Un associé d'une société en commandite s'engage à abandonner sa part dans les bénéfices s'ils excèdent une somme déterminée, à condition que l'autre partie lui rembourse sa mise; cette condition a été immédiatement remplie par la remise de valeurs payées à l'échéance, de sorte que l'acte qui fut dressé avait uniquement pour objet l'engagement pris par le commanditaire; or, cet engagement était purement unilatéral; donc il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 1325 (5). La décision n'est pas douteuse, si la remise des valeurs avait pour effet de libérer le débiteur. Mais si elles n'avaient été acceptées que sauf encaissement, ce qui est la règle, il ne serait pas exact de dire que l'obligation du débiteur était éteinte; elle a réellement subsisté jusqu'au moment du payement; par suite l'acte, dans cette hypothèse, aurait dû être fait double.

Les auteurs appliquent le principe à la vente lorsque l'une des parties a exécuté l'obligation que le contrat lui

(1) Cassation, 14 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 244).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 381 et note 22, § 756.
(3) Bordeaux, 10 décembre 1830. Comparez Bastia, 4 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4007, 2° et 3°).
(4) Colmet de Santerre, t. V, p. 557, n° 288 *bis* VIII.
(5) Rejet, chambre civile, 21 juin 1870 (Dalloz, 1871, 1, 294).

impose. Cela est incontestable lorsque c'est l'acheteur qui paye son prix; il n'y a plus, dans ce cas, d'obligation qu'à charge du vendeur, donc une obligation unilatérale; ce qui place les parties hors du texte de l'article 1325; au moment où elles rédigent l'acte, il n'y a qu'une convention unilatérale à constater : à quoi bon alors les doubles (1)?

On applique généralement le même principe au cas où le vendeur a livré la chose avant la rédaction de l'acte. L'acheteur, dit-on, reste seul obligé; par conséquent, l'article 1325 n'est plus applicable. Cela nous paraît très-douteux. Il n'est pas exact de dire que le vendeur n'ait d'autre obligation que la délivrance, il est encore tenu de la garantie; donc même après la délivrance les parties sont obligées réciproquement l'une envers l'autre et, par suite, chacune est intéressée à avoir un double. Que répond-on à cette objection? Que la garantie n'est point l'obligation *directe* et *principale* du contrat (2). Toullier a oublié l'article 1602, qui porte que le vendeur a deux obligations *principales*, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend. D'ailleurs où est-il dit que les deux obligations réciproques doivent être directes et principales? M. Larombière avoue que l'acheteur a un intérêt manifeste à avoir un original de l'acte qui lui serve pour exercer son recours en garantie contre le vendeur. L'aveu est décisif et témoigne contre l'opinion générale. Vainement M. Larombière ajoute-t-il que l'intérêt de l'acheteur ne suffit point, qu'il doit se fonder sur l'existence d'une convention synallagmatique(3). Singulier raisonnement! C'est précisément parce que le contrat est synallagmatique et reste tel, même après la délivrance de la chose, que l'acheteur est intéressé à avoir un double.

La jurisprudence est aussi inconséquente que la doctrine. Il y a un arrêt de la cour de cassation qui décide

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 381, et note 23, § 756. Gand, 25 mars 1834 et 20 décembre 1839 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 84; et 1840, 2, 108). Bruxelles, 9 juin 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 135); Liége, 6 janvier 1836 (*ibid.*, 1836, 2, 2).
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 330, n° 328.
(3) Larombiere, t. IV, p. 347, n° 21 de l'article 1325 (Ed. B., t. III, p. 24).

que l'article 1325 n'est plus applicable lorsque le vendeur a livré les objets vendus à l'acheteur au moment où l'écrit est rédigé. L'arrêt est à peine motivé (1). La même cour a jugé qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 1325 lorsque le vendeur se réserve l'usufruit des biens qui sont l'objet du contrat. La cour de Bordeaux avait décidé le contraire en invoquant l'argument de Toullier : aucune obligation principale et immédiate ne pouvant naître de la réserve de l'usufruit, mais seulement une action secondaire et incidente. Cet argument n'a pas touché la cour de cassation. Elle dit que la vente avec réserve d'usufruit est un contrat engendrant des obligations réciproques ; peu importe, dit la cour, que chacune des parties ne soit pas dans la nécessité actuelle d'agir contre l'autre pour obtenir l'exécution de ses engagements ; il suffit que cette nécessité puisse se manifester à un moment quelconque pour que le double original soit nécessaire (2). Ce raisonnement s'applique, à la lettre, au cas où le vendeur a fait la délivrance et reste tenu de la garantie. Notons encore la mauvaise rédaction de l'arrêt de cassation. Quand la vente avec réserve d'usufruit, dit la cour, est faite sous seing privé, il est nécessaire, *pour former le lien de droit*, que chacune des parties soit munie d'un titre à l'aide duquel elle puisse forcer l'autre à l'exécution des engagements qui naissent du contrat. Non, ce n'est pas la rédaction de l'écrit qui forme le *lien de droit;* le contrat existe lorsque l'écrit est dressé. Nous relevons les expressions inexactes, parce que notre science exige la précision du langage, aussi bien que celle des idées.

La question que nous discutons n'a qu'un intérêt de théorie : l'exécution du contrat de vente par la délivrance que le vendeur fait de la chose vendue couvre la nullité de l'acte, comme nous allons le voir (3). C'est pour cela que nous n'insistons pas sur d'autres difficultés qui

(1) Rejet, 8 mai 1821 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4017, 1°). Comparez Montpellier, 10 juin 1828 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 77, 2°).
(2) Cassation, 31 janvier 1817 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 405).
(3) Duranton (t. XIII, p. 152, n° 146) en fait la remarque.

se présentent dans l'opinion généralement suivie (1).

224. Il y a une question de preuve plus difficile. On demande si l'article 1325 s'oppose à ce que les contrats se fassent par correspondance. La question n'est pas clairement posée. On peut certes traiter par correspondance en ce qui concerne la validité de la convention; dès qu'il y aura concours de consentement, le contrat existera; mais les lettres échangées feront-elles foi des conventions arrêtées entre les parties? Telle est la vraie difficulté. En matière de commerce, les ventes ainsi que tous les contrats se prouvent par la correspondance; mais le code civil ne contient pas de disposition analogue à celle de l'article 109 du code de commerce. L'article 1985 est le seul qui parle de lettres comme moyen de preuve; il dispose que le mandat peut être donné ou par acte public ou par écrit sous seing privé, *même par lettre*. Cette expression marque que la preuve par lettre est tout à fait exceptionnelle; elle ne figure pas au chapitre qui traite des preuves; c'est dire que les lettres ne sont pas une preuve légale. L'article 1341 nous paraît décisif. « Il *doit être passé acte* devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 150 francs. » Il n'y a donc d'autre preuve littérale que celle par *actes;* et quand il s'agit de dresser acte d'une convention bilatérale, il faut observer les formes prescrites par l'article 1325, sous peine de nullité; or, ces formes sont incompatibles avec la correspondance.

L'opinion contraire est généralement suivie. Toullier avait d'abord professé l'opinion que nous venons d'énonçer; Merlin l'ayant combattue, il s'est rangé à l'avis de l'illustre magistrat. Quelle est donc cette argumentation invincible qui a converti Toullier? Toullier n'aime pas l'article 1325, et Merlin le déteste; voilà le sentiment qui a rapproché les deux adversaires : « Toute loi contraire au droit commun et surtout à la raison doit être entendue dans le sens le plus étroit. » Or, tel est l'arti-

(1) Voyez Marcadé, t. V, p. 51 n° IV de l'article 1325. Comparez Toullier, t. IV, 2, p. 330, n° 330.

cle 1325; il ne comprend pas textuellement dans sa disposition les conventions synallagmatiques formées par correspondance;.donc la preuve par correspondance est admissible. Troplong reproduit le raisonnement en d'autres termes : l'article 1325 est une erreur législative, donc il ne faut pas l'étendre à la correspondance. Admettons tout le mal que l'on dit de l'article 1325, qu'est-ce que cela prouve? La question est de savoir si la correspondance est une preuve légale; et le silence de la loi suffit pour la décider négativement. Troplong cite encore un passage du jurisconsulte romain Paul, puis il dit que les lettres ne sont pas des actes. Eh! c'est précisément parce qu'elles ne sont pas des actes qu'elles ne peuvent pas faire la même foi que les actes. On dit que la loi ne peut pas exiger l'impossible : où est l'impossibilité que deux correspondants échangent des doubles? et s'ils n'ont pas confiance l'un dans l'autre, où est l'impossibilité qu'ils donnent procuration de consentir la convention et de dresser acte (1)?

Merlin cite un arrêt de la cour de cassation qui, d'après lui, aurait déclaré en termes exprès que l'article 1325 était sans application aux conventions synallagmatiques formées par des lettres missives. L'arrêt est loin d'être aussi explicite; la cour se borne à constater que l'arrêt attaqué s'est décidé d'après *les pièces* et une *correspondance écrite* (2); elle n'a pas interprété l'article 1325, puisque le procès était régi par l'ancien droit. La question s'est présentée de nouveau devant la cour de cassation en 1846; l'arrêt de rejet qu'elle a rendu évite de trancher la difficulté de droit. L'arrêt est de la chambre civile, et il a été rendu après délibération en chambre du conseil. La cour commence par poser en principe « que la vente est une convention synallagmatique qui, hors des cas où la loi admet la preuve testimoniale, doit être rédigée par

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 326, n° 325. Merlin, *Répertoire*, au mot *Double écrit*, n° XI (t. IX, p. 249). Troplong, *Vente*, n° 21, p. 27 de l'édition belge. Larombière, t. IV, p. 366, n° 44 de l'article 1325 (Éd. B., t. III, p. 31).

(2) Rejet, 14 frimaire an XIV (Merlin, *Répertoire* au mot *Double écrit*, n° XI).

écrit et faite, aux termes de l'article 1325, en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. » Ce principe suffit pour trancher la question dans le sens de notre opinion. Dans l'espèce, il s'agissait d'une prétendue promesse de vente bilatérale; la cour décide qu'elle est régie par le principe qu'elle vient de poser. La promesse de vente avait été faite par lettre, et il n'était pas constaté qu'elle eût été acceptée avant la révocation de l'offre; donc la convention ne s'était pas formée, la correspondance prouvait simplement l'offre, c'est-à-dire une pollicitation qui n'est pas une convention et qui, par conséquent, ne tombait pas sous l'application de l'art. 1325 (1).

IV. *Conséquence de l'irrégularité.*

225. Quand l'acte n'a pas été fait en double, il n'est pas valable, aux termes de l'article 1325; c'est dire qu'il ne fait pas preuve de la convention. Que faut-il dire si l'acte ne contient pas la mention du nombre des originaux qui ont été dressés? La loi ne dit pas que l'acte est nul à défaut de cette mention, mais la nullité résulte des principes généraux de droit; la formalité est essentielle, puisque, sans la mention, la garantie du double écrit serait dérisoire; il y a donc nullité virtuelle, par application de la doctrine consacrée par la jurisprudence. Ce point n'est pas douteux (2).

226. Quel est le caractère de cette nullité? Chacune des parties peut s'en prévaloir, car c'est pour sauvegarder l'intérêt et le droit de chacune des parties que la loi a prescrit la mention. Quant aux tiers, il a été jugé qu'ils ne pouvaient pas invoquer la nullité lorsque les parties contractantes déclaraient qu'elles se trouvent suffisamment liées (3). Cela aussi est d'évidence. La mention n'est qu'une question de preuve, ainsi que la formalité du double écrit. Si les parties reconnaissent le contrat, il est

(1) Rejet, 21 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 19).
(2) Bruxelles, 2 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 78)
(3) Paris, 23 août 1823 (Dalloz, n° 4048).

par cela même prouvé; les tiers n'ont donc ni droit ni intérêt à se prévaloir d'un vice de forme.

227. La nullité de l'acte n'entraîne pas la nullité du contrat. Nous avons dit plus haut (nos 98, 99, 121) que Toullier a établi ce principe avec une évidence mathématique. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs. La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens, mais non sans hésitation; l'on est étonné de voir sans cesse remettre en question un principe élémentaire qui, pour tout jurisconsulte, devrait être hors de toute contestation.

Les cours de Belgique n'ont jamais varié. Dès les premières années qui suivirent la publication du code civil, la cour de Bruxelles a très-bien établi que les formalités de l'article 1325 n'avaient pour objet que la preuve littérale, ce qui résulte de la place même qu'il occupe; si l'acte est nul, il n'y aura pas de preuve littérale; cela n'empêche pas la convention d'être valable, sauf aux parties à le prouver par une des voies légales admises par le code (1). En 1841, la question a été portée devant la cour de cassation. On invoquait l'Exposé des motifs de Bigot-Préameneu et le rapport de Jaubert; nous avons dit que les auteurs du code, tout en consacrant les vrais principes, les ont très-mal motivés. Voilà comment une rédaction inexacte devient une autorité que l'on tourne contre la loi. L'avocat général De Cuyper, cet excellent jurisconsulte mort trop jeune, répond aux mauvaises raisons du pourvoi; les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat ne font pas loi; or, la loi est précise et les principes ne laissent aucun doute. L'avocat général flétrit l'immoralité de l'opinion contraire qui consiste à dire : Je ne suis pas lié quoique j'aie consenti, parce que l'acte ne mentionne pas qu'il a été fait en double. La cour de cassation, cela va de soi, rejeta le pourvoi et résuma dans son arrêt les fortes conclusions du ministère public (2). Malgré cette décision irréfutable, l'opinion contraire fut

(1) Bruxelles, 9 janvier 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4052, 1°). Comparez 2 août 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 199).
(2) Rejet, 12 juin 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 223.

reproduite devant la cour de Bruxelles en 1857; la cour la rejeta sans lui faire l'honneur d'une réfutation (1).

L'interprète doit combattre l'erreur partout où il la rencontre, et surtout dans les décisions judiciaires, parce qu'elles jouissent d'une plus grande autorité. La cour de Caen a nié le principe que Toullier a établi avec tant d'évidence; non qu'elle prétende que les conventions des parties dépendent de la validité de la preuve, mais quand les parties ont rédigé leurs conventions par écrit, *on présume* avec raison qu'elles ont entendu en faire dépendre la validité de l'acte par lequel elles les ont constatées; et cette *volonté présumée* est elle-même une partie essentielle de la convention, sans laquelle celle-ci s'évanouit et cesse d'exister (2). Quel est cet *on* qui *présume?* Est-ce le *législateur?* Il a parlé, et il a dit qu'il n'y a pas de présomption légale sans loi spéciale (art. 1350); et où est la loi spéciale qui présume que l'écrit est de la substance du contrat? Est-ce le *magistrat* qui *présume?* L'article 1353 lui apprend qu'il n'a pas le droit de juger par présomptions, sauf dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Il ne faut pas dire, comme le fait Dalloz, que cette rigueur formaliste est en opposition avec les principes de la législation moderne, c'est combattre une fausse doctrine par une banalité; il faut dire, et nous l'avons prouvé à satiété, que la doctrine de la cour de Caen est en opposition avec les principes les plus élémentaires et les plus essentiels du droit.

Il y a des arrêts plus dangereux; ils ne heurtent pas ouvertement la loi, mais ils en éludent l'application en se fondant sur les *circonstances de la cause* (3). C'est une manière si commode de juger et qui dispenserait de toute science du droit! Qu'est-ce que ces *circonstances de la cause?* Ce ne peuvent être que des présomptions, quand la cour n'invoque ni écrits ni témoignages. Etablit-on un contrat sur des présomptions, alors que la preuve testi-

(1) Bruxelles, 7 avril 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2. 331).
(2) Caen, 24 avril 1822 et 20 novembre 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, nos 4077 et 4053, 2°).
(3) Paris, 14 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4072).

moniale ne serait pas admise? Tout ce que l'on peut soutenir, c'est que l'acte irrégulier et nul en la forme constitue néanmoins un commencement de preuve par écrit et autorise, par conséquent, la preuve testimoniale. Nous reviendrons sur ce point.

228. Nous avons discuté la question en droit. En fait, il est certain que les parties peuvent convenir que la validité du contrat dépendra de la rédaction d'un écrit fait conformément à la loi. Nous l'avons déjà dit; mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que les parties contractantes déclarent expressément que telle est leur volonté : c'est une exception au droit commun, et les exceptions ne se présument point. Cela est si vrai que l'on en trouve à peine un exemple dans la jurisprudence : c'est une question d'école, à laquelle il est inutile de s'arrêter.

229. La partie qui produit l'acte irrégulier en justice peut-elle se prévaloir du défaut de mention? Non, par la raison très-simple que produire un acte en justice, c'est en demander l'exécution; or, l'exécution, comme nous allons le dire, couvre la nullité de l'acte. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Cela n'est pas en contradiction avec ce que nous avons dit, que le défaut de mention annule l'acte, alors même qu'il aurait été fait double. Si, dans l'espèce, l'on ne peut invoquer l'irrégularité de l'acte, ce n'est pas parce qu'il y a des doubles, c'est parce que la partie intéressée a reconnu la convention; ce qui la rend non recevable à se prévaloir d'un vice de forme.

230. L'article 1325 porte à la fin : « Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. » Quel est le motif de cette fin de non-recevoir? Jaubert répond que celui qui agit en vertu de l'acte irrégulier renonce par là au moyen qu'il aurait pu tirer de la nullité (2). Il considère donc l'exécution de l'obligation comme une confir-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 556, n° 288 *bis* VI. Grenoble, 8 avril 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4068).
(2) Jaubert, 2e rapport, n° 11 (Locré, t. VI, p. 227).

mation tacite de l'acte, par application de l'article 1338, aux termes duquel l'exécution volontaire vaut confirmation. Telle est aussi la doctrine de la plupart des auteurs (1), et elle est consacrée par la jurisprudence (2). La question est douteuse. A notre avis, l'acte irrégulier n'existe pas et, par suite, il ne peut être confirmé. Il n'existe pas, en ce sens qu'il ne fait pas preuve de la convention; c'est comme si les parties n'avaient pas rédigé d'acte. C'est le motif pour lequel on admet que la prescription de dix ans ne couvre pas la nullité de l'acte (3). Si la nullité ne peut être effacée par la confirmation tacite de dix ans, n'en doit-on pas conclure que la confirmation ne peut pas se faire non plus par l'exécution de la convention? Qu'est-ce d'ailleurs que confirmer? C'est renoncer au droit que l'on a de demander la nullité de l'obligation, en l'exécutant. On suppose que celui qui exécute le contrat qu'il sait vicié renonce au droit qu'il a d'agir en nullité. Cette intention de renoncer à se prévaloir de la nullité de l'acte existe-t-elle quand la partie intéressée exécute l'obligation que l'acte constate? On confirme l'*obligation* que l'on exécute, mais on n'exécute pas l'*acte* qui sert de preuve; l'exécution de l'*obligation* n'a donc rien de commun avec l'acte.

Il y a une autre explication de l'article 1325. L'exécution de l'obligation prouve qu'il y a une obligation; et si l'existence de l'obligation est attestée par l'exécution, peu importe que l'écrit qui a été dressé pour la prouver soit irrégulier. Ce qui rendait nécessaires le double écrit et la mention, c'est que, sans ces formalités, l'une des parties aurait pu nier qu'il y eût convention; elle ne peut plus le nier quand elle a exécuté la convention; dès lors rien ne s'oppose à ce que l'écrit signé des parties fasse preuve, les formalités du double écrit et de la mention n'ont plus de raison d'être (4).

(1) Duranton, t. XIII, p. 165, n° 161. Larombière, t. IV, p. 352, n° 30 (Ed. B., t. III, p. 17).
(2) Rejet, 12 février 1812, et Cassation, 15 février 1814 (Dalloz, au mot *Arbitrage*, n° 410).
(3) Voyez tome XVII de mes *Principes*, n° 545, p. 532.
(4) Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 557, n° 288 *bis* IX. Rejet, 29 juillet 1873 (Dalloz, 1874, 1, 263).

231. En exposant les motifs de la loi, nous avons décidé d'avance une question à laquelle donne lieu le texte de l'article 1325. Il ne parle que du défaut de mention, il ne prévoit pas le cas où il n'y a pas de doubles. Il est généralement admis que celui qui exécute la convention ne peut se prévaloir du défaut de double, pas plus qu'il ne peut opposer le défaut de mention des doubles. Quelle que soit l'explication que l'on admette de l'article 1325, il en résulte que la loi s'applique à l'une et à l'autre formalité Est-ce une confirmation, elle couvre toute irrégularité. Est-ce un aveu, il prouve la convention et, par suite, aucune des formalités de l'article 1325 n'a plus de raison d'être (1). On demande pourquoi le législateur ne prévoit que le défaut de mention, alors que le même article prescrit deux formalités distinctes, les doubles et la mention? C'est que le défaut de mention implique qu'il n'y a pas de doubles; et quand même il y en aurait, c'est comme s'il n'y en avait pas. En effet, dès que les doubles ne sont pas mentionnés, il dépend des parties intéressées de supprimer le double qui leur a été remis et de soutenir que l'acte est nul pour n'avoir pas été fait en double. L'intérêt pratique de l'inobservation des formes que la loi prescrit se concentre donc sur le défaut de mention.

232. L'exécution entraîne une fin de non-recevoir, alors même qu'elle ne serait que partielle. Sur ce point encore, tout le monde est d'accord et dans toutes les opinions. Peu importe, par exemple, que l'acheteur ne paye qu'une partie du prix, ce payement partiel est ou une confirmation, ou un aveu; donc l'on est dans le texte et dans l'esprit de la loi (2). On voit par cet exemple quel est l'intérêt de la disposition qui ne permet plus d'opposer l'irrégularité de l'acte quand il y a exécution de la convention; on peut être d'accord sur l'existence de la

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 4060. Il faut ajouter : Bruxelles, 27 novembre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 231); Liége, 21 mars 1834 (*ibid.*, 1834, p. 79) et 5 juillet 1871 (*ibid.*, 1871, 2, 354).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 385, note 36, § 756. Rejet, 7 octobre 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4063) et 29 mars 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392); Liége, 24 juin 1820 et 24 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1820, p. 167 et 1834, 2, 80).

convention et ne pas s'accorder sur les clauses et les conditions qui ont été arrêtées. S'il y a un acte, quoique irrégulier, il prouvera quelles sont les obligations des parties contractantes; car celui qui a exécuté la convention ne peut plus opposer l'irrégularité de l'acte; l'écrit fera donc foi comme s'il était régulier.

233. Quel est l'effet de l'exécution de la convention par l'une des parties? Il n'y a aucun doute lorsque cette exécution implique aussi l'exécution de la part de l'autre partie contractante, ce qui a lieu d'ordinaire dans les contrats synallagmatiques. L'acheteur exécute le contrat en payant le prix, et le vendeur l'exécute aussi en le recevant : il y a donc exécution de la part des deux parties contractantes, par suite aucune d'elles ne peut opposer l'irrégularité de l'acte. Mais il se peut que l'exécution par l'une des parties n'implique pas exécution de la part de l'autre. Tel serait le cas où l'acheteur payerait le prix ou une partie du prix à un tiers créancier à qui le vendeur l'a délégué; le vendeur reste, dans ce cas, étranger au payement, ce n'est pas lui qui le reçoit; il en résultera que l'acheteur ne pourra pas opposer l'irrégularité de l'acte, mais rien n'empêchera le vendeur de s'en prévaloir (1).

234. Il se peut que l'exécution soit constatée par l'acte. Il porte, par exemple, que l'acheteur a payé le prix ou une partie du prix. Est-ce le cas d'appliquer l'art. 1325? Non, quelle que soit l'explication que l'on en donne. Dans notre opinion (n° 230), l'acte irregulier ne fait aucune preuve; s'il ne prouve pas la convention, il ne prouve pas davantage l'exécution qui y est constatée et, par suite, l'exécution ne couvre pas la nullité de l'acte (2). Dans l'opinion de Merlin, on donne une autre explication. L'acte irrégulier ne prouve pas la conclusion définitive de la convention; lors donc qu'il constate le payement d'un

(1) Duranton, t. XIII, p. 168, n° 162. Marcadé, t. V, p. 48, n° IV de l'article 1325. Aubry et Rau, t. VI, p. 386, § 756. Larombière, t. IV, p. 352, n° 30 de l'article 1325 (Éd. B., t. III, p. 17).

(2) Toullier, t. IV, 2, p. 337, n° 337. Bruxelles, 8 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 78).

à-compte, il faut admettre que ce payement a été fait à valoir sur la convention que les parties se proposaient de conclure; prévision qui ne s'est pas réalisée (1). Nous citons l'explication parce qu'elle est, à notre avis, la meilleure preuve que le système de Merlin n'est qu'une pure subtilité : est-ce qu'on paye un à-compte sur un projet de convention? La vie réelle ignore ces hypothèses de l'école, et notre science est une face de la vie.

235. Les parties n'exécutent pas la convention, mais elles en font l'aveu. Peuvent-elles encore se prévaloir de l'irrégularité de l'acte? Il a été jugé que les parties plaidantes qui reconnaissent la convention ne peuvent plus opposer le vice de forme (2). Cela est d'évidence lorsque l'aveu est fait en justice, puisque l'aveu judiciaire fait pleine foi (art. 1356). Il n'en serait pas de même d'un aveu extrajudiciaire, à moins qu'il ne fût constaté par écrit; si l'aveu est verbal, il ne fait foi que dans les cas où, par exception, la preuve testimoniale est admissible (article 1355).

236. Les parties déposent l'acte irrégulier chez un notaire. Ce dépôt couvre-t-il les vices de l'acte? L'affirmative est admise par tout le monde, mais il y a une grande divergence d'avis sur les motifs de décider. Il nous semble que le dépôt constaté par le notaire est un aveu des parties qui déposent l'écrit entre les mains de l'officier public, c'est-à-dire une reconnaissance authentique de l'existence de la convention; il faut donc dire de l'aveu ce que l'article 1325 dit de l'exécution : les parties sont non recevables à opposer l'irrégularité de l'acte quand elles avouent la convention. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Pourquoi l'article 1325 prescrit-il des doubles et la mention du nombre des originaux qui ont été dressés? C'est pour que l'une des parties qui n'a pas d'acte ne soit pas à la merci de la mauvaise foi de l'autre qui a un acte qu'elle pourrait détruire, ou dont elle pourrait nier l'existence. Ce motif disparaît quand les parties ont

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 386, note 38 (§ 756)
(2) Rejet, 16 mai 1859 (Dalloz, 1859, 1, 373).

déposé l'acte chez un notaire. Il ne dépend plus d'elles d'anéantir la preuve de la convention, puisque leur aveu écrit fait preuve de l'existence de la convention ; de plus l'acte qu'elles ont déposé n'est plus à leur disposition, il est devenu irrévocable et indépendant de leur volonté, aussi bien que s'il avait été fait en double : ce sont les termes d'un arrêt de la cour de Paris. La cour de Bordeaux ajoute que le dépôt assure les droits de toutes les parties et garantit l'égalité de position que la loi a voulu leur assurer. Voilà plus de motifs qu'il n'en faut, nous semble-t-il, pour justifier la décision. On en a cherché d'autres (1). MM. Aubry et Rau disent que le dépôt est un acte d'exécution et rentre, par conséquent, dans le texte et dans l'esprit de l'article 1325 (2). Cela n'est pas exact. Le vendeur et l'acheteur qui déposent l'acte n'ont encore ni délivré la chose ni payé le prix; donc il n'y a aucune exécution. On ne peut pas dire non plus, comme semblent le faire les arrêts que nous venons de citer, que la formalité du dépôt équipolle à celles de l'article 1325; il est de principe qu'il n'y a pas d'équipollence en matière de formalités : le législateur aurait pu l'établir, l'interprète ne le peut pas. On doit donc laisser de côté l'article 1325. A notre avis, le principe de l'aveu donne une explication satisfaisante.

Il en résulte que le dépôt n'a d'effet qu'à l'égard des parties qui y ont consenti; pour que l'acte, quoique irrégulier, fasse foi à l'égard de toutes les parties intéressées, il faut que toutes aient concouru au dépôt. Si l'une d'elles seulement avait déposé l'acte, elle ne pourrait pas, il est vrai, opposer la nullité de l'acte, mais celle qui serait restée étrangère au dépôt conserverait tous ses droits (3). Si l'on admet le principe de l'aveu, cela est incontestable, puisque l'aveu ne fait foi qu'à l'égard de celui de qui il émane.

(1) Paris, 27 janvier 1806 ; Bordeaux, 13 décembre 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, nos 4005, 2°, et 4070, 2°). Rejet, 29 mars 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 386, note 39, § 756 (3e édit.).
(3) Bordeaux, 13 mars 1829 (Dalloz, au mot *Société*, n° 1123).

237. Nous avons supposé que le dépôt a été fait chez un notaire, lequel en a dressé acte. Que faut-il décider si les parties déposent l'acte entre les mains d'un particulier? Si l'on admet le principe de l'aveu, que nous venons d'appliquer au dépôt fait entre les mains d'un notaire, il faut appliquer la même décision au dépôt qui se ferait entre les mains d'un particulier, bien entendu quand les parties dressent acte du dépôt. Ce serait un aveu écrit, et cet aveu fait foi de la convention. Il est vrai qu'il y a une différence entre le dépôt que reçoit un officier public et celui qu'un particulier reçoit. Le notaire garantit la conservation de l'acte et lui imprime ainsi cette *irrévocabilité* que le législateur a voulu assurer à chacune des parties contractantes ; tandis que le dépôt chez un particulier ne présente pas cet avantage. Mais cette objection ne touche pas au fondement du principe que nous invoquons. Y a-t-il aveu et preuve écrite de cet aveu? Telle est la vraie difficulté, et il nous semble qu'ainsi posée, la solution n'est pas douteuse. La cour de cassation s'est prononcée en faveur de cette opinion, mais sans motiver sa décision (1).

N° 3. ARTICLE 1326.

I. *Le principe.*

238. L'article 1326 prescrit une formalité particulière pour les actes qui contiennent une promesse unilatérale d'argent ou de choses fongibles. Ces actes doivent être écrits en entier de la main de celui qui les souscrit, ou, du moins, il faut qu'outre la signature, il écrive de sa main un *bon* ou *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. C'est ce que la loi appelle des billets. Cette formalité a été introduite par une déclaration du roi du 22 septembre 1733. L'Exposé des motifs dit que les promesses sous seing privé pour valeur

(1) Rejet, chambre civile, 11 décembre 1871 (Dalloz, 1872, 1, 91). Comparez Grenoble, 2 août 1839 : en sens contraire, Caen, 24 avril 1822 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4077).

en argent ont toujours été une occasion de fraude et d'escroquerie. On abuse du blanc seing pour y écrire une convention qui n'avait pas été arrêtée par les parties; on altère facilement le chiffre de la somme que le débiteur s'oblige à payer, ou on lui surprend une signature qu'il donne de confiance sur une lecture qui lui est faite, ou même sans lecture aucune. La crainte des peines qui frappent le faux n'arrêtant pas toujours la cupidité, le législateur a voulu, dit l'orateur du gouvernement, arrêter le mal à sa source (1). Toullier critique vivement cette formalité. Elle n'atteint pas son but, dit-il, car elle ne prévient pas efficacement l'abus des blancs seings ni des signatures surprises. Et quand l'acte est sincère, quoique la formalité n'ait pas été remplie, la loi favorise les débiteurs de mauvaise foi au préjudice des créanciers de bonne foi (2). On a répondu qu'il n'y a pas de loi qui parvienne à réprimer toujours la fraude : est-ce une raison pour laisser un libre cours à la mauvaise foi, et le législateur ne doit-il rien faire parce qu'il ne peut pas tout faire? Que si le créancier ne veille pas à ce que la formalité soit remplie, il doit subir la conséquence de sa négligence; les lois sont faites pour ceux qui veillent à leurs droits (3).

239. L'article 1326 n'est pas une disposition générale applicable à tous les engagements unilatéraux, c'est une disposition spéciale qui ne reçoit d'application qu'aux promesses d'argent ou de choses *appréciables*. Ce dernier mot est mal choisi, car tout est appréciable; la loi s'appliquerait donc à toutes choses; la fin de l'article 1326 limite ce que l'expression *appréciable* a de trop vague : le *bon* doit contenir en toutes lettres la *quantité* de la chose, ce qui suppose des choses fongibles; c'est en ce sens que le rapporteur du Tribunat explique la loi : « Notre projet, dit-il, étend la déclaration de 1733 à l'engagement de livrer une chose appréciable. Il y a, en

(1) Exposé des motifs, n° 194 (Locré, t. VI, p. 181). Comparez le rapport de Jaubert, n° 12 (Locré, p. 227).

(2) Toullier, t. IV, 2, p. 279, n°s 277-279. Duranton, t. XIII, p. 178, n° 168.

(3) Larombière, t. IV, p. 374, n° 3 de l'article 1326 (Ed. B., t. III, p. 35).

effet, pour cela la même raison que pour les sommes d'argent. Si donc il s'agit d'une promesse de livrer une quantité de blé, si celui qui souscrit cette promesse ne l'a pas écrite en entier de sa main, il faut qu'outre sa signature, il ait écrit un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la quantité de blé. » Il serait aussi facile d'altérer un chiffre portant une quantité de choses fongibles qu'un chiffre marquant une somme d'argent (1).

La loi ne s'applique pas aux autres obligations unilatérales. Il est d'usage d'ajouter aux procurations données en blanc les mots : *bon pour procuration*. Il suffit de lire l'article 1326 pour se convaincre qu'il ne reçoit pas d'application aux procurations ; la loi veut que le bon exprime en toutes lettres la *somme* ou la *quantité* de la chose que le débiteur s'oblige à prester ; cela n'a rien de commun avec une procuration, quand même le mandant donnerait pouvoir d'emprunter une somme déterminée, car le mandat ne constate pas une dette (2). Pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 1326, il faut que l'obligation se résume en un chiffre, il faut de plus que ce chiffre indique une somme d'argent ou une quantité de choses fongibles, de sorte que la formalité du *bon* ne serait pas applicable à une promesse d'objets certains et déterminés. Le législateur n'a entendu réprimer que les cas usuels de fraude, et la fraude ne se pratique guère que pour les obligations de sommes d'argent.

240. L'article 1326 porte : « Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel *une seule partie* s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent. » Que faut-il entendre par les mots *une seule partie?* On a prétendu que cela veut dire : *une seule personne*, de sorte que la loi ne serait pas applicable au cas où il y aurait plusieurs codébiteurs conjoints ou solidaires. Cette interprétation est contraire au texte et à l'esprit de la loi. L'article 1326 ne doit pas être isolé de l'article 1325 : l'un de ces articles prévoit le cas de conventions *synallagmatiques*, et par op-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 389, et note 48, § 756, et tous les auteurs.
(2) Comparez Rejet, 6 février 1861 (Dalloz, 1861, 1, 367).
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 560, n° 289 *bis* II.

position à ces conventions dans lesquelles les *deux parties* contractantes sont obligées, l'article 1326 parle de la promesse par laquelle *une seule partie* s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent, sans que celle-ci contracte de son côté un engagement. Ces mots : *une seule partie*, indiquent donc un engagement unilatéral; peu importe qu'il soit souscrit par une personne ou par plusieurs, et peu importe encore que les débiteurs soient solidaires ou non. C'est l'opinion de tous les auteurs (1). On objecte que la surprise est moins à craindre quand il y a plusieurs débiteurs. En cas de blanc seing, le danger est absolument le même, et si la surprise est moins à craindre quand il y a plusieurs personnes qui s'obligent, il se peut fort bien, comme le dit la cour de Bruxelles, que le créancier s'entende avec l'une d'elles pour tromper l'autre, et tous les débiteurs mêmes peuvent être trompés; or, il suffit que la fraude soit possible pour que la loi doive recevoir son application (2).

Nous disons que la formalité du bon est applicable quand les débiteurs sont solidaires. Si l'un d'eux écrit le billet, l'autre devra mettre un bon ou un approuvé en toutes lettres. Il en serait ainsi d'un billet souscrit par deux époux. La jurisprudence, après quelque hésitation, s'est prononcée en ce sens (3); nous n'y voyons aucun doute sérieux. On dit qu'il n'y a plus de surprise à craindre quand le mari a écrit le billet et que la femme le signe. En fait, cela est possible, mais il se peut aussi qu'il y ait surprise à l'égard de la femme, qui signera toujours de confiance. Cela suffit pour que la loi doive recevoir son application. Nous croyons inutile d'insister. Remarquons seulement que la formalité du bon ne concerne que l'acte, elle est étrangère à la validité de l'obligation; il ne faut donc pas dire, comme le fait la cour de Grenoble, que l'*obligation* est *imparfaite* et que celui qui a signé sans

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 300, n° 301, et tous les auteurs.

(2) Bruxelles, 23 juillet 1811 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4116, n° 2), et 3 mars 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 61). Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, n°s 4116 et 4117, et les arrêts de la cour de cassation, n° 4118.

(3) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, n°s 4118 et 4119.

ajouter un *bon* n'est pas *obligé* (1); c'est confondre l'*obligation* avec la *preuve*.

241. Si les parties, soit par ignorance, soit pour faire fraude à la loi, ne remplissent pas la formalité du bon, mais font un acte en plusieurs originaux avec mention du double, l'acte sera-t-il valable? La négative est certaine. C'est la nature de l'engagement qui détermine les formes que les parties doivent observer; leur ignorance ne leur sert pas d'excuse, bien moins encore peut-on leur permettre d'éluder la loi (2). Une simple promesse d'argent est faite en double; le créancier déclare accepter sans contracter aucune obligation; le billet a été annulé (3).

242. Il en serait de même si un engagement unilatéral était contracté en même temps qu'une convention bilatérale; par exemple, un prêt fait par un preneur au bailleur, ou par le bailleur au preneur. Dans ce cas, les parties doivent remplir les formalités de l'article 1325 pour le bail et celles de l'article 1326 pour le prêt. Si donc l'emprunteur ne mettait pas le *bon* ou l'*approuvé* exigé par la loi, l'acte serait nul, en ce qui concerne le prêt (4).

243. Lorsque les deux conventions sont indépendantes l'une de l'autre, comme dans le cas de bail, la question n'est point douteuse, puisqu'il y a deux contrats régis par des principes différents. En est-il de même quand l'engagement unilatéral est l'accessoire du contrat bilatéral? La question s'est présentée souvent pour le cautionnement.

Celui qui a signé comme caution la promesse sous seing privé d'une somme d'argent ou d'une chose fongible, écrite de la main du débiteur principal, peut-il, lorsqu'il n'a pas ajouté à sa signature l'approbation en toutes lettres de la somme ou de la quantité de la chose, invoquer la disposition de l'article 1326 du code civil?

(1) Grenoble, 29 mars 1822 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4118, 2°).
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 306, n° 307, et tous les auteurs.
(3) Bruxelles, 22 octobre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 265). Comparez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 4089.
(4) Aubry et Rau, t. V, p. 391, note 63, § 756. Paris, 15 ventôse an XIII (Dalloz, n° 4090).

C'est en ces termes que Merlin pose la question, et il répond : Pourquoi ne le pourrait-il pas? La caution s'oblige ou solidairement ou accessoirement. Si elle s'oblige solidairement, on lui applique à la lettre l'article 1326; elle promet de payer une somme d'argent ou des choses fongibles comme tout débiteur solidaire, donc si elle n'a pas écrit l'acte, elle doit ajouter à sa signature le bon ou l'approuvé exigé par la loi. Si la caution s'est obligée sans solidarité, elle promet de payer à défaut du débiteur principal; son obligation est conditionnelle, mais comme elle a pour objet une somme d'argent ou des choses fongibles, le texte de l'article 1326 lui est applicable (1). Et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute, c'est précisément parce que leur obligation n'est qu'éventuelle et qu'elles s'attendent d'ordinaire à ne pas être poursuivies que les cautions signent trop souvent à la légère; raison de plus pour les mettre à l'abri de toute surprise, en ce qui concerne le montant de l'obligation qu'elles contractent.

La jurisprudence s'est prononcée en faveur de cette opinion, qui est celle de tous les auteurs. Il y a cependant des arrêts en sens contraire. On objecte la tradition (2). La déclaration de 1733 était conçue en termes plus restrictifs que l'article 1326; elle ordonnait à celui qui refuserait de payer le contenu du billet d'affirmer qu'il n'en avait pas reçu la valeur. Ces derniers termes semblaient exclure l'engagement de la caution; ils ne s'appliquent qu'au débiteur principal qui rembourse ce qu'il a reçu, tandis que la caution ne reçoit rien. Les auteurs du code civil n'ont pas reproduit cette disposition de la déclaration de 1733; il faut donc, en cette matière, écarter la tradition; elle est sans valeur, parce que le droit a changé.

On a fait une autre objection. L'obligation de la caution n'est qu'accessoire, dit-on; eh! qu'importe? La cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, que l'article 1326 est conçu en termes généraux et comprend,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Billet*, § I, n° 8 (t. III, p. 167). Duranton, t. XIII, p. 185, n° 175, et tous les auteurs.

(2) Comparez Paris, 8 pluviôse an x (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 157).

par conséquent, toute espèce de promesse, celle qui est accessoire aussi bien que celle qui est principale, et quand la loi est générale, les tribunaux n'ont pas le droit de créer des exceptions (1). De ce que l'engagement de la caution est accessoire, la cour de Lyon a tiré une autre conséquence qui est évidemment erronée; l'obligation principale étant synallagmatique, dit-elle, l'obligation accessoire de la caution prend le même caractère (2). Voilà une singulière application de l'adage d'après lequel l'accessoire suit le principal! Est-ce qu'un engagement unilatéral de son essence peut changer de nature parce qu'il est attaché à une obligation principale? Sans doute, il se peut que le cautionnement devienne une convention bilatérale; nous l'avons dit plus haut (n° 223), c'est lorsque le créancier contracte un engagement envers la caution; alors l'article 1326 cesse d'être applicable, sauf à appliquer l'article 1325. Mais quand la caution seule s'oblige, comment son obligation serait-elle bilatérale?

244. L'article 1326 est-il applicable lorsque la somme ou la quantité promise ne peut être déterminée ou évaluée au moment où l'acte est signé? La négative nous paraît certaine. Il suffit de lire le texte de la loi pour se convaincre qu'il ne peut recevoir d'application lorsque le montant de l'engagement est indéterminé. L'article 1326 veut que celui qui souscrit le billet écrit d'une autre main ajoute un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la *somme* ou la *quantité* de la chose; comment mettre dans le bon la *somme* ou la *quantité*, quand les parties elles-mêmes l'ignorent? C'est une caution qui s'oblige pour toutes les dettes que le débiteur contractera : impossible, dans ce cas, d'écrire un bon, tel que la loi le prescrit. Si l'on voulait mettre un bon, le débiteur devrait ajouter que c'est pour une somme indéterminée. Peut-on ainsi étendre la loi? M. Larombière répond très-bien que la loi est ex-

(1) Cassation, 21 août 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4099, 1°). Comparez Rejet, 1er février 1836 (Idem, *ibid.*, n° 4099, 2°) et 1er mars 1853 (Dalloz, 1854, 1, 342) et les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 4099.
(2) Lyon, 12 avril 1832 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 157).

ceptionnelle et que l'étendre ce serait faire la loi, au lieu de l'interpréter. Cela est décisif (1).

Mais, chose singulière! après avoir si bien établi le principe, Larombière lui-même en dévie et il fait la loi. Il faut, au moins, dit-il, que le débiteur exprime dans le *bon* la nature de l'engagement qu'il contracte; est-ce un cautionnement, il faudra qu'il dise : *Bon pour cautionnement*; il ne suffirait pas de dire : *Approuvé l'écriture ci-dessus*. Il faut une approbation telle, que l'on soit sûr que le débiteur connaît la nature de l'engagement qu'il contracte. Nous demanderons à Larombière où cela est dit. Cela se trouve dans les arrêts, mais cela ne se trouve certes pas dans l'article 1326. Donc la doctrine et la jurisprudence font la loi, et on vient de nous dire que l'interprète n'a pas ce droit.

Ecoutons la cour de cassation. L'indétermination actuelle de la dette, dit-elle, ne crée pas une impossibilité de satisfaire aux exigences de l'article 1326, puisqu'il est toujours possible à la partie qui s'oblige, soit d'écrire l'acte en entier, soit, tout au moins, d'exprimer dans un bon ou un approuvé la *nature* de l'engagement qu'elle contracte. Nous répondons, et la réponse est décisive, qu'il ne s'agit pas du cas où le débiteur écrit le billet de sa main; la difficulté se présente lorsqu'il ne l'écrit pas. Le montant de l'engagement est indéterminé: *doit-il* écrire un bon de sa main, et que contiendra ce bon? La cour exige un bon, mais c'est un *bon* autre que celui que la loi prescrit; l'article 1326 veut que le bon exprime la *somme due*; le *bon* de la cour se borne à exprimer la *nature de l'engagement*, donc la cour remplace une forme par une autre forme, elle fait la loi. La cour ajoute : « Si les obligations actuellement indéterminées étaient exceptées de l'article 1326, les engagements les plus menaçants pour la fortune des débiteurs seraient soustraits aux garanties que la sagesse du législateur a instituées pour prévenir l'effet des erreurs et des surprises auxquelles les débiteurs

(1) Larombière, t. IV, p. 382, n° 8 de l'article 1326 (Ed. B., t. III, p. 38). Aubry et Rau, t. VI, p. 392, note 64, § 756

pourraient être exposés (1). » A notre avis, l'esprit de la loi est aussi contraire à la doctrine de la cour que le texte. Quelle est la garantie que l'article 1326 veut assurer au débiteur? Bigot-Préameneu l'a dit : la loi veut le mettre à l'abri de la fraude et de l'escroquerie du créancier qui abuse d'un blanc seing ou fait signer au débiteur un écrit que celui-ci n'a pas lu. Et quelle est la garantie que lui donne le bon de la cour de cassation? Tout ce que le débiteur sait, c'est qu'il s'oblige comme caution, par exemple, certes l'engagement le plus dangereux. Mais pourquoi est-il dangereux? Parce qu'il est illimité. Or, la caution aura beau signer : *Bon pour cautionnement*, elle n'en connaîtra pas davantage l'étendue de l'obligation qu'elle contracte. Donc la garantie est nulle. Dira-t-on qu'elle sait du moins qu'elle s'oblige comme caution? Nous répondons que ce n'est pas la *nature* de l'engagement que le législateur a eu en vue, que c'est le montant. A moins de supposer que le débiteur ne jouit pas de sa raison, il faut bien admettre qu'il sait qu'il est débiteur à titre de caution, quand il s'agit d'un cautionnement, et de fait, dans toutes les espèces qui se sont présentées, le débiteur savait très-bien qu'il était caution, seulement il soutenait que l'écrit constatant son obligation était nul, parce qu'il ne portait pas le bon prescrit par la loi. Donc la garantie que la cour veut assurer au débiteur n'est pas celle que la loi a voulu lui assurer; la cour se met hors de la loi, elle y ajoute, elle la fait en l'étendant, et le juge n'a pas le droit d'étendre une loi exceptionnelle.

L'opinion que nous soutenons est consacrée par la jurisprudence des cours de Belgique; elle repose sur une base inébranlable, le texte et l'esprit de la loi (2). Il y a des cas où un débiteur de mauvaise foi oppose un vice de forme pour se dégager de l'obligation dont il connaissait très-bien la portée et l'étendue, quoiqu'elle fût indéterminée et qu'il n'y eût aucun bon. Dans notre opinion, l'acte

(1) Rejet, 1er mars 1853 (Dalloz, 1854, 1, 342). Comparez Paris, 24 mai 1855 (Dalloz, 1855, 2, 196). Lyon, 17 juin 1871 (Dalloz, 1871, 2, 192).

(2) Bruxelles, 11 août 1849, et Rejet, 1er mai 1850 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 387; et 1850, 1, 301) Comparez Douai, 25 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 333).

est valable par cela seul qu'il s'agit d'un engagement indéterminé. Dans l'opinion consacrée par la jurisprudence française, l'acte devrait être déclaré nul. La cour de Montpellier l'a déclaré valable, parce que la caution était un homme intelligent qui n'avait pas signé l'écrit sans le lire et qui connaissait parfaitement l'étendue des obligations qu'il contractait (1). En fait, la cour a bien jugé, mais en droit? Que devient le droit quand les considérations de fait l'emportent sur la loi?

Faut-il appliquer ces principes au cautionnement d'une ouverture de crédit? Le cautionnement est indéterminé en ce sens que le prêt ne se réalise qu'au fur et à mesure que le crédité touche une somme chez le banquier; toutefois on ne peut pas dire que le débiteur et la caution ignorent l'étendue de leurs engagements; l'acte détermine la somme jusqu'à concurrence de laquelle le crédit est ouvert. Dès lors rien n'empêche d'appliquer l'article 1326 : la caution exprimera dans le bon la somme qui est mentionnée dans le corps de l'acte, c'est le maximum de ses engagements; il importe qu'elle l'exprime dans le *bon*; le texte et l'esprit de la loi le veulent. La jurisprudence est cependant contraire (2).

245. On demande si le bon doit mentionner les intérêts quand la dette porte intérêts. La cour d'Orléans a jugé la négative, et elle ne nous paraît pas douteuse, au moins pour ce qui regarde les intérêts à échoir. D'après l'article 1326, le *bon* doit énoncer en toutes lettres le montant de la somme due. Cela suppose une dette dont le montant est déterminé dans le corps de l'acte; or, lorsque la dette porte intérêts, le corps de l'acte ne mentionne pas les intérêts qui seront dus lors du payement du capital; cela est impossible; régulièrement les intérêts se payent chaque année, et si le débiteur ne les paye pas régulièrement, il peut y avoir un grand nombre d'années accumulées; dans l'espèce jugée par la cour d'Orléans, il était dû vingt-deux années d'intérêts. Quant aux intérêts échus,

(1) Montpellier, 6 décembre 1865 (Dalloz, 1867, 2, 39).
(2) Bruxelles, 2 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 441).

la loi aurait pu exiger qu'ils fussent énoncés dans le billet, mais elle ne le fait pas, ce qui est décisif; une disposition exceptionnelle ne s'étend point (1).

II. *Application.*

246. L'article 1923 dit que le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit; la loi ajoute que la preuve testimoniale n'en peut être reçue pour valeur excédant 150 francs. Un tribunal avait interprété cette disposition en ce sens que tout écrit suffisait pour prouver le dépôt, de sorte que l'article 1923 dérogerait à l'article 1326. L'erreur est évidente. Loin de déroger au droit commun, l'article 1923 le confirme, car il ne fait que répéter ce que dit l'article 1341. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison de faire exception à la règle établie par l'article 1326. Si donc le dépôt a pour objet une somme d'argent ou des choses fongibles, il faudra que l'acte qui est dressé soit écrit par le dépositaire, ou contienne un bon énonçant la somme ou la quantité de la chose. L'application de la loi peut parfois blesser l'équité; et on conçoit que le juge écoute l'équité plutôt que le droit strict quand le dépositaire se prévaut d'un vice de forme pour refuser la restitution d'un dépôt; mais le conflit entre le droit et l'équité n'autorise pas le juge à se mettre au-dessus de la loi. La décision contraire d'un tribunal a été cassée (2).

247. L'acte portant constitution de rente est-il soumis à l'article 1326? Toullier dit que la négative n'est pas douteuse, parce que, dans le langage du droit, on n'a jamais qualifié de billet ou de promesse un acte constitutif de rente. La raison est loin d'être décisive. Il faut poser en principe que l'article 1326 est applicable à tout contrat unilatéral qui a pour objet une somme d'argent ou des choses fongibles. Or, tel est bien le contrat de rente; Pothier, dont Toullier invoque l'autorité, dit formellement

(1) Il y a cependant un arrêt en sens contraire de Bruxelles, 19 novembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 215).

(2) Cassation, 10 janvier 1814 (Dalloz, au mot *Dépôt*, n° 136, 2°). Comparez Toullier, t. IV, 2, p. 304. Duranton, t. XIII, p. 180, n° 171.

que ce contrat est unilatéral, parce qu'il n'y a que le débiteur de la rente qui contracte une obligation, le créancier n'en contracte aucune. Cela est décisif (1).

La cour de cassation a rendu sur cette question deux arrêts contradictoires, l'un appliquant la déclaration de 1733, l'autre ne l'appliquant pas (2). Il est inutile de s'y arrêter, les principes ne laissant aucun doute. La cour de Bordeaux a jugé que l'article 1326 doit recevoir son application à la constitution de rente quand ce contrat est synallagmatique (3). Cela n'est pas douteux. Reste à savoir quand le contrat devient synallagmatique; nous renvoyons la question au titre du *Prêt*.

248. La même incertitude règne dans la doctrine et dans la jurisprudence relativement aux actes qui contiennent un arrêté de compte(4) : faut-il appliquer l'art. 1326? faut-il appliquer l'article 1325? ne faut-il appliquer aucune de ces dispositions? Il y a des décisions dans tous les sens. C'est que le mot vague d'*arrêté de compte* désigne des actes d'une nature très-diverse. Il faut appliquer les principes tels que nous venons de les établir. L'acte contient-il des engagements réciproques, l'article 1325 est applicable; de sorte que l'écrit serait nul s'il était fait dans la forme de l'article 1326. L'acte contient-il la reconnaissance d'une dette, reliquat de compte et l'obligation de la payer, il devra être fait dans la forme prescrite par l'article 1326, et partant il serait nul s'il était fait en double original. Enfin le compte ne contient-il aucune obligation, on ne doit appliquer ni l'article 1326 ni l'article 1325. A l'appui de ces distinctions qui résultent du texte de la loi, nous donnerons des applications empruntées à la jurisprudence des cours de Belgique.

Un tuteur charge un mandataire de gérer les succes-

(1) Duvergier sur Toullier, t. IV, 2, p. 303, n° 305. Pothier, *Traité du contrat de la constitution de rente*, n°s 3 et 4. Larombière, t. IV, p. 384. n° 10 de l'article 1326 (Ed. B., t. III, p. 39).

(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4104.

(3) Bordeaux, 21 août 1833 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 269).

(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 391, note 57, § 756. Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4094, et la jurisprudence (Idem, *ibid.*, n°s 4095-4097).

sions appartenant à ses pupilles. Les parties dressent un arrêté de compte concernant la liquidation de successions; l'acte porte simplement décharge du mandataire, sans énoncer ni droit ni obligation. Il a été jugé qu'il ne fallait appliquer ni l'article 1325, ce qui est évident, ni l'article 1326, puisque le mandataire déchargé n'était plus tenu d'aucune dette (1).

Une personne devait, au 1er janvier 1840, une somme de 3,591 francs à un hôtelier pour logement et nourriture. Les parties dressent un acte en double par lequel le débiteur s'engage à payer cette somme six mois après le décès de son père; le créancier accepte ce terme et s'engage à ne rien exiger du débiteur avant l'échéance, sous la condition que les intérêts du capital courront à son profit depuis le 1er janvier 1839, à raison de 3 pour cent. Ainsi le créancier contractait des engagements envers le débiteur, il renonçait au droit de réclamer le payement d'une créance exigible et les intérêts légaux à partir de la demande. Dès lors il y avait des obligations réciproques, l'article 1326 était hors de cause, l'acte devait être fait en double (2).

L'arrêté de compte porte simplement que le débiteur s'oblige à payer le reliquat. Cet acte tombe sous l'application de l'article 1326. Peu importe que le reliquat résulte d'une convention synallagmatique. Il ne s'agit pas de prouver la convention, il s'agit de fixer la somme que le débiteur doit à son créancier : l'écrit qui constate cette obligation est une promesse de somme d'argent, donc l'article 1326 est applicable (3).

249. Les quittances ne rentrent évidemment pas sous l'application de l'article 1326, puisqu'elles ne constatent aucun engagement (4). Il suit de là qu'elles restent sous l'empire du droit commun qui ne prescrit aucune forme pour les actes sous seing privé; la signature suffit.

(1) Bruxelles, 20 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 157).
(2) Bruxelles, 3 novembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 286).
(3) Liége, 6 mai 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 226).
(4) Duranton, t. XIII. p. 179, n° 169, et tous les auteurs.

III. *Formes.*

250. Aux termes de l'article 1326, l'acte doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit. Dans ce cas, il ne faut ni *bon*, ni approbation quelconque, parce qu'il n'y a aucune surprise à craindre. Si celui qui écrit l'acte n'avait pas l'intelligence de ce qu'il fait, le consentement serait vicié, pour mieux dire, il n'y aurait pas de consentement, et l'acte lui-même serait inexistant; car, en exigeant l'écriture, la loi suppose que celui qui dresse l'écrit sait ce qu'il fait.

Quand le souscripteur du billet n'a pas écrit le corps de l'acte, il faut qu'outre sa signature il écrive de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. Il est d'usage que celui qui signe un acte qu'il n'a pas écrit ajoute ces mots : *approuvé l'écriture ci-dessus*. Cette formule est tout à fait inopérante. Jaubert en fait la remarque dans son rapport au Tribunat. S'agit-il d'une obligation unilatérale ayant pour objet une somme d'argent ou des choses fongibles, l'approbation de l'*écriture* ne suffit point, il faut une approbation de la *somme* ou de la *quantité* de la chose. S'agit-il d'autres engagements, la simple signature suffit, la loi n'exige pas autre chose, et les formalités sont nécessairement de stricte interprétation (1). Il est inutile de citer des autorités, celle de la loi et des auteurs de la loi est décisive (2).

251. Le *bon* doit porter en *toutes lettres* la somme ou la quantité de la chose. Cette disposition de l'article 1326 marque quel est le but de la loi; elle veut empêcher qu'un créancier de mauvaise foi ne trompe un débiteur trop confiant. Il y a un point sur lequel la loi ne s'explique pas : est-ce que dans le corps de l'acte la somme ou la quantité doit être énoncée en toutes lettres? Quand le souscripteur du billet ne l'écrit point et que le bon contient l'énon-

(1) Jaubert, 2e rapport, no 11 (Locré, t. VI, p. 227).
(2) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, no 4157.

ciation en toutes lettres de la somme ou de la quantité, il est certain que dans le corps de l'acte elle peut être mentionnée en chiffres; il n'y a plus de surprise à craindre, quand même le créancier altérerait les chiffres, le débiteur lui opposerait l'article 1327, dont nous allons parler. Mais que faut-il décider si le débiteur écrit le billet de sa main sans ajouter un *bon* en toutes lettres? Devra-t-il, en ce cas, écrire la somme en toutes lettres dans le corps de l'acte? La loi ne l'exige pas, ce qui est décisif; l'interprète ne peut pas créer des formes sous peine de nullité. Vainement invoque-t-on l'esprit de la loi, ce serait toujours ajouter à la loi une formalité qu'elle n'établit point. La prudence exige sans doute que le débiteur écrive la somme en toutes lettres, parce que les chiffres sont très-faciles à altérer; mais la prudence peut bien donner des conseils, elle ne peut pas prescrire des formes sous peine de nullité (1).

252. L'article 1327 prévoit le cas où la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au bon, ce qui peut être l'effet de la négligence ou de la mauvaise foi. La loi admet les parties intéressées à prouver de quel côté est l'erreur. Cette preuve peut résulter des indications de l'acte : s'il porte, par exemple, que le débiteur doit telle somme pour tel nombre de pièces de coton à tant la pièce, le prix de la pièce servira à rectifier la somme due. La preuve pourra aussi se faire par témoins, puisque l'acte fournit un commencement de preuve par écrit pour l'une et l'autre somme. Si aucune des parties intéressées ne peut prouver de quel côté est l'erreur, l'article 1327 décide que l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre. Cette présomption découle des principes qui régissent la preuve; le corps de l'acte porte la somme de 1,500 francs, le *bon* énonce la somme de 1,400 : il n'y a de preuve littérale que pour la somme de 1,400; quant à l'excédant de 100 francs, l'écrit ne peut pas faire preuve, puisque les parties sont en désaccord

(1) Duranton, t XIII, p. 191, nº 183. En sens contraire, Marcadé, t. V, p. 52, nº I de l'article 1326.

sur ce point; si donc le créancier ne parvient pas à prouver que le chiffre le plus élevé est le vrai, le débiteur doit par cela même obtenir gain de cause : *actore non probante, reus absolvitur* (1).

La loi le décide ainsi, même dans le cas où l'acte ainsi que le bon sont écrits en entier de la main du débiteur; il y a alors une probabilité en faveur du créancier, mais combattue par une probabilité de même force en faveur du débiteur. Donc, en définitive, il y a doute, et la loi interprète le doute en faveur du débiteur, l'obligation ne pouvant pas exister dès qu'elle est douteuse. En aucun cas, il n'y a lieu de distinguer si la somme moindre se trouve dans le corps de l'acte ou dans le *bon*, car la loi ne distingue pas, il y a toujours erreur ou doute; ce qui justifie la décision de la loi. L'orateur du gouvernement a expliqué l'article 1327 en ce sens. « Il n'y a pas, dit-il, de motif pour supposer que celui qui s'oblige ait son attention plus fixée, et qu'il soit moins capable d'erreur quand il écrit le corps du billet que quand il met le *bon*. Il reste, dans ce cas comme dans les autres, un doute suffisant pour que la faveur de la libération doive prévaloir (2). »

IV. *Exceptions.*

253. L'article 1326 reçoit exception « dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service. » On a critiqué l'exception en disant qu'elle détruit le bénéfice de la règle. Il est facile de répondre à l'objection. Quand il s'agit de marchands, les surprises ne sont guère à craindre, ce sont des hommes d'affaires, ils ne signeront pas sans avoir lu le billet; le législateur aurait pu étendre cette exception à tous les hommes d'affaires. L'usage, d'ailleurs, qui joue un si grand rôle dans le commerce, n'est pas de mettre un bon aux écrits signés par un marchand, c'est

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 562, n° 290 *bis*. Duranton, t. XIII, p. 204, n°s 192 et 193. Mourlon, t. II, p. 817, n° 1553.

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 195 (Locré, t. VI, p. 181).

dent pour telle autre; l'homme d'affaires met la même prudence à tout ce qu'il fait.

255. L'exception s'applique en second lieu aux *artisans*. D'après le Dictionnaire de l'Académie, on entend par artisan « celui qui exerce un art mécanique, un métier. » La loi est générale et s'applique, par conséquent, même aux artisans qui, par la nature de leur profession, doivent posséder une certaine instruction; il était impossible d'entrer dans ces distinctions, à moins de donner au juge un pouvoir discrétionnaire. La cour de Liége a jugé que l'exception s'appliquait à un ouvrier mécanicien qui avait signé au profit d'un avoué un billet portant une approbation d'écriture et même de somme, mais sans indiquer la somme en toutes lettres. En fait, cet ouvrier n'était certes pas de ceux qui savent seulement signer leur nom, cependant la cour a bien jugé en droit (1).

256. La loi excepte en troisième lieu les *laboureurs*. Tout le monde est d'accord qu'il faut entendre par *laboureurs* ceux qui cultivent eux-mêmes la terre, soit comme petits propriétaires là où la propriété est divisée, soit comme petits fermiers; ils travaillent, comme l'artisan pour gagner leur vie; ce sont d'ordinaire les moins lettrés de la classe ouvrière, l'instruction étant beaucoup moins répandue dans les campagnes que dans les villes, et les laboureurs n'ayant guère le loisir de lire ni l'occasion d'écrire. Il n'y a pas à distinguer s'ils sont propriétaires ou non des terres qu'ils cultivent; sous le rapport de l'instruction, il n'y a guère de différence entre le petit propriétaire et le petit fermier. Par la même raison, l'exception reste applicable au cas où le laboureur se fait aider par des domestiques, mais tout en cultivant lui-même et en travaillant personnellement aux champs; il est toujours laboureur, d'après le texte et l'esprit de la loi.

Il en serait autrement si le fermier ou le propriétaire était à la tête d'une grande exploitation qu'il dirige, mais sans travailler lui-même aux champs. C'est là une condition sociale toute différente de celle du laboureur : celui

(1) Liége, 19 février 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 49).

qui dirige une exploitation agricole a régulièrement une instruction suffisante pour écrire un bon ou un approuvé en toutes lettres; il n'y avait pas, sous ce rapport, de raison pour l'excepter de la règle (1).

On voit par là que le juge a une certaine latitude d'appréciation quand il s'agit d'appliquer l'exception qui concerne les laboureurs. Il décidera, d'après les circonstances de la cause, si le laboureur est un ouvrier qui, par la nature de ses occupations, est sans instruction, ou si c'est un homme d'une condition sociale dans laquelle l'instruction est répandue. Ce pouvoir est arbitraire, il est vrai, mais il est inévitable, et il résulte de l'expression même dont la loi se sert : personne ne dira que le riche fermier ou le grand propriétaire est un laboureur. C'est donc au juge de décider si le souscripteur du billet est dans l'exception ou s'il faut lui appliquer la règle.

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé qu'un arrêt attaqué avait fait une juste application de l'article 1326, en décidant, d'après les circonstances de la cause, que le souscripteur d'un billet ayant des propriétés affermées, en cultivant certaines autres pour son agrément et son utilité, ne pouvait être considéré comme laboureur dans le sens de la loi (2).

Quand il s'agit de savoir si le signataire d'un billet est un laboureur, il faut, dit la cour de Caen, prendre en considération la position du débiteur, le rang qu'il tient dans la société, son éducation, l'importance de l'exploitation à laquelle il se livre, les domestiques qu'il emploie à la culture de ses domaines (3).

Pour les fermiers, la jurisprudence fait la même distinction. Il y a des pays de culture où les fermes donnent à peine au fermier le moyen de vivre misérablement; tandis que dans d'autres provinces il y a de grandes fermes dont l'exploitation suppose l'aisance ou la richesse. Chaque pays a ses usages et même ses dénominations

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 393, note 69, § 756. Larombière, t. IV, p. 393, n° 23 de l'article 1326 (Ed. B., t. III, p. 42).
(2) Rejet, 17 février 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4133).
(3) Caen, 14 avril 1847 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4133, 2e espèce).

particulières; ce n'est pas au nom qu'il faut s'attacher, c'est surtout à la position sociale que le fermier occupe et qui le range dans la classe des personnes lettrées ou illettrées (1).

La circonstance que le laboureur se fait aider par des domestiques paraît, au premier abord, le mettre au-dessus de la classe inférieure, illettrée de la société; il ressemble à un patron plus qu'à un ouvrier. Mais ces analogies sont trompeuses. Il y a une grande différence entre le travail de l'agriculteur et celui de l'industriel; il est presque impossible d'exploiter la moindre ferme sans aide; quand il n'y a pas d'enfants en âge de travailler, il faut prendre un domestique. Ce qui distingue, dans ce cas, le *laboureur* proprement dit, c'est qu'il travaille avec ses domestiques et comme eux. La jurisprudence lui applique l'exception de l'article 1326 (2).

On fait les mêmes distinctions pour les vignerons. En droit, dit la cour de cassation, il n'y a pas à distinguer entre celui qui cultive sa propre vigne et celui qui cultive la vigne d'autrui; elle a cassé un jugement qui ne se fondait que sur cette distinction (3). Mais, en fait, le juge doit considérer la position du vigneron, aussi bien que celle du laboureur, car le vigneron est un laboureur; sa condition, quoiqu'il soit propriétaire, est le plus souvent très-misérable; il se peut néanmoins qu'elle le place au-dessus des laboureurs proprement dits.

257. L'article 1326 excepte encore de la règle les *gens de journée et de service*, c'est-à-dire, les journaliers et les serviteurs qui tirent leurs moyens d'existence du travail de leurs mains (4). Voilà encore une exception qui témoigne contre notre prétendue civilisation. Quelle différence entre les pays latins et l'Allemagne!

On a demandé si un sacristain doit être compris parmi

(1) Bourges, 21 avril 1866 (Dalloz, 1866, 2, 120). Nancy, 20 janvier 1870 (Dalloz, 1872, 2, 89).
(2) Grenoble, 22 août 1829; Bordeaux, 22 juillet 1829; Nîmes, 4 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4136). Gand, 20 juin 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 166).
(3) Cassation, 23 février 1824 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4138).
(4) Lyon, 14 mai 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4141).

les gens de service. Il est, en réalité, le serviteur du curé. Néanmoins, dans nos campagnes, c'est souvent l'instituteur qui remplit les fonctions de sacristain. De sorte que l'homme le plus lettré du village sera présumé ne savoir écrire que son nom! Cela confirme la remarque que nous venons de faire. La loi laisse une certaine latitude au juge; elle ne dit pas quelles sont les personnes que l'on doit considérer comme *gens de journée et de service;* c'est donc au juge à apprécier les circonstances personnelles du signataire. Il a été décidé qu'un sacristain, qui avait commencé par être monteur de fusils et avait fait une fortune relativement considérable, ne pouvait invoquer l'exception que la loi a établie pour les personnes illettrées (1).

258. La déclaration de 1733, après avoir énuméré les personnes qui, d'après leur profession, étaient présumées illettrées, ajoutait : « et autres de pareille qualité. » C'était l'esprit de l'ancien droit de laisser une grande latitude aux tribunaux. Il en est tout autrement de la législation moderne; les auteurs du code n'ont pas reproduit les termes de la déclaration qui investissaient le juge d'une espèce de pouvoir législatif; les exceptions sont strictement limitées, et toute exception est de rigoureuse interprétation. La cour de Bruxelles a jugé, en conséquence, que l'exception de l'article 1326 ne s'applique pas aux militaires comme tels (1). Un cas plus douteux, en fait, s'est présenté : il s'agissait d'un écrit signé par un avocat et un notaire, et ne portant pas le *bon* que la loi exige. La cour de Gand décida que des hommes d'affaires, sans cesse occupés d'actes, les uns pour les dresser, les autres pour les attaquer ou les défendre, avaient pu et dû savoir ce qui se trouvait dans l'écrit signé par eux. La décision, excellente en fait, violait la loi; elle a été cassée (2).

259. Comment le juge constate-t-il la profession qui donne lieu à l'exception de l'article 1326? Pour les mar-

(1) Bruxelles, 14 octobre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 199).
(2) Gand, 11 juin 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 333), et Cassation, 17 janvier 1851 (*ibid.*, 1851, 1, p. 314).

chands, il n'y a guère de difficulté; mais quand il s'agit de laboureurs, les juges procèdent presque régulièrement à une enquête; c'est le seul moyen de prouver en quelle qualité le signataire du billet s'occupe de la culture des terres. Il n'est pas douteux que la preuve puisse se faire par témoins; en effet, labourer avec ou sans domestiques, cultiver une terre, ou en diriger l'exploitation, sont des faits matériels qui peuvent toujours et indéfiniment se prouver par témoins, comme nous le dirons en traitant de la preuve testimoniale.

260. L'exception s'étend-elle aux femmes de ceux qui exercent les professions prévues par l'article 1326? En droit, la négative est certaine. La loi établit l'exception à raison de la profession exercée par le souscripteur du billet; c'est donc une exception personnelle qui, par la nature des choses, ne s'étend pas à la femme. Vainement dit-on que la femme suit la condition de son mari. L'argument ne signifie rien; la femme étrangère devient française si son mari est Français, mais elle ne sera pas avocat si son mari est avocat; elle ne sera pas davantage marchande, laboureur, artisan, journalière ou domestique parce que son mari exerce une de ces professions. Cela décide la question de principe (1).

La cour de cassation a posé le principe en l'appliquant à la femme d'un marchand. Si, dit-elle, la femme suit la condition de son mari, il ne résulte nullement de là que la profession du mari soit *nécessairement* commune à la femme. Quant à la femme d'un marchand, il n'y a aucun doute, parce que nous avons un texte. D'après le code de commerce de 1808 (art. 4 et 5 et code belge de 1872, art. 9, 10 et 11), la femme n'est réputée marchande publique que lorsqu'elle exerce, du consentement de son mari, un commerce séparé du sien. L'arrêt attaqué avait considéré la femme comme marchande par cela seul qu'elle prenait part au commerce de son mari; en le décidant ainsi, la cour avait violé les dispositions du code de commerce qui déterminent les conditions légales sous

(1) Larombière, t. IV, p. 395, n° 26 de l'article 1326 (Ed. B., t. III, p. 43).

lesquelles la femme est marchande publique. Son arrêt a été cassé (1).

La cour de cassation a appliqué le même principe à la femme d'un laboureur. Ici la question est différente. Il n'y a pas de texte qui définisse les conditions sous lesquelles une femme peut être considérée comme laboureur. C'est donc un point de fait. La cour de cassation a décidé, en principe, que les femmes des laboureurs, vignerons, gens de journée et de service ne sont pas comprises dans l'exception que la loi fait à la règle pour les hommes qui exercent ces professions. En effet, dit la cour, les mêmes motifs n'existent pas pour elles; en les laissant dans la règle générale, le législateur a protégé leur bonne foi et éloigné les surprises qui pourraient leur être faites (2).

Cette décision n'est-elle pas trop absolue? La chambre civile, en posant le même principe, avait ajouté une restriction, c'est que la profession du mari n'est pas *nécessairement* commune à la femme, ce qui implique que de fait elle peut lui être commune. Cela est vrai surtout pour les femmes des laboureurs. La cour de Caen, dont la décision a été confirmée par la cour de cassation, dit qu'alors même que la femme d'un laboureur prendrait part aux travaux d'agriculture qui se font dans la maison, cela ne constitue que des actes d'économie domestique qui ne lui impriment aucune qualité particulière. Il nous semble que la cour de Caen a tort de poser comme une règle générale ce qui n'est qu'un fait. La cour de Liége a jugé en sens contraire en confirmant un jugement du tribunal d'Arlon. Le premier juge dit très-bien que dans nos campagnes les femmes des laboureurs participent presque toujours, dans la mesure de leurs forces, aux travaux agricoles, et qu'elles ont, par suite, la même qualité que leurs maris(3). Il est certain que la femme peut être cultivatrice quand elle n'est pas mariée ou qu'elle est veuve et, dans ce cas, on lui appliquera certainement l'exception que la loi fait

(1) Cassation, 1er mai 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4148). Comparez Bruxelles, 3 mars 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 60).
(2) Rejet, 22 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4149, 1°).
(3) Liége, 8 mars 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 221).

pour les laboureurs (1). Pourquoi ne pourrait-elle pas être cultivatrice avec son mari? C'est, en définitive, une question de fait.

L'esprit de la loi est en harmonie avec le fait. Pourquoi le code fait-il une exception à la règle du *bon* pour les laboureurs, artisans, gens de journée et de service? Parce qu'ils sont illettrés, et l'ignorance des femmes n'est-elle pas plus grande encore que celle des hommes? La cour de Caen l'avoue, mais elle ajoute que la loi a dû faire exception pour les hommes qui sont souvent dans le cas de s'obliger, tandis que cela arrive rarement pour les femmes; et quand elles signent un billet, il convient de les garantir contre leur ignorance (2). Nous répondons que dans les pays de droit coutumier, tels que la Belgique et la plus grande partie de la France, la femme est commune en biens, ses intérêts sont ceux du mari; qu'elle signe ou non, elle sera tenue de la moitié des dettes si elle accepte la communauté, et c'est précisément à raison de cette communauté d'intérêts qu'elle intervient dans les promesses de son mari. En fait donc, et sous tous les rapports, on voit que la femme du laboureur a la profession de son mari.

Nous aboutissons à la conclusion que les femmes des laboureurs, artisans, gens de journée et de service ne sont pas comprises de plein droit dans l'exception. Ce sont les paroles de la cour de cassation (3). Mais elle a jugé aussi que l'arrêt qui applique à la femme d'un laboureur l'exception de l'article 1326, en constatant « que la femme s'est immiscée dans le commerce agricole de son mari fait une juste application de la loi (4). » Telle est aussi la doctrine (5). Il y a des arrêts qui vont plus loin et qui admettent, en droit, que les exceptions de l'article 1326 s'appliquent aux femmes. Ces décisions sont

(1) Bruxelles, 17 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 237).
(2) Caen, 3 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4149, 1°); et 28 novembre 1843 (Dalloz, *ibid.*, n° 4151).
(3) Cassation, 31 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 349).
(4) Rejet, 9 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4152). Comparez Nancy, 21 mars 1842 (Dalloz, *ibid.*, n° 4149).
(5) Aubry et Rau, t. VI, p. 393, et note 73, § 756.

sans autorité, parce qu'elles ne sont pas motivées, car ce n'est pas motiver que de dire, comme le fait la cour de Lyon, que le texte de la loi est général et comprend, par conséquent, les femmes (1). Sans doute, il les comprend quand, mariées ou non, elles exercent personnellement une des professions pour lesquelles le législateur a fait exception à la règle du *bon*; mais il ne les comprend certes pas par la seule raison que leurs maris sont laboureurs, artisans, hommes de journée ou de service.

261. On peut changer de profession, ou quitter celle que l'on a exercée pour vivre de ses rentes. Quelle est l'époque qu'il faut considérer pour décider si le billet souscrit est soumis à la règle ou à l'exception? Puisque c'est la profession qui motive l'exception, il faut décider qu'elle n'est applicable que si, au moment de la signature, le débiteur était marchand, laboureur, artisan, homme de journée ou de service. Si donc le billet a été souscrit avant que le signataire exerçât une de ces professions, ou après qu'il avait cessé de l'exercer, l'exception de l'article 1326 ne serait plus applicable, il faudrait appliquer la règle. C'est la doctrine de tous les auteurs (2). La jurisprudence est indécise, elle n'a pas de principe certain. Et, il faut l'avouer, l'application rigoureuse des principes paraît parfois choquante. C'est la condition sociale qui est, en réalité, le fondement de l'exception. Est-ce que cette condition change d'un jour à l'autre avec la profession? Un artisan abandonne son métier pour vivre de ses économies; illettré jusque-là, va-t-il devenir lettré en devenant rentier? Le marchand qui cesse de faire le commerce cessera-t-il d'être un homme d'affaires? Le laboureur qui cesse de se livrer aux travaux de l'agriculture à raison des infirmités de son âge, change-t-il de condition sociale? Les cours de Paris, de Riom et de Besançon ont décidé la question négativement, en appliquant l'exception, quoique, à l'époque de la souscription du billet, le si-

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4150.
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 297, n° 299. Duranton, t. XIII, p. 192, n° 184.

dique que l'écrit est destiné à constater. L'écrit irrégulier ne pouvant servir de preuve, comment prouvera t on l'obligation? C'est encore le droit commun qui recevra son application : quand l'objet du litige dépasse 150 francs, il n'y a d'autres preuves que l'aveu et le serment, c'est à-dire que le demandeur n'a d'autre preuve que la bonne foi du défendeur. Dans l'opinion générale, le billet irrégulier peut servir de commencement de preuve par écrit, ce qui rend la preuve testimoniale admissible. Nous reviendrons sur ce point, qui n'est pas sans difficulté.

264. Si le billet non revêtu du double est signé par plusieurs personnes, il peut être valable à l'égard des unes et nul à l'égard des autres. Un marchand signe un billet avec sa femme, sans bon ni approuvé. Le billet est valable quant au mari, puisqu'il est au nombre des personnes exceptées auxquelles ne s'applique pas la formalité du *bon*, et le billet sera nul à l'égard de la femme. C'est dire que le créancier aura, en ce cas, une preuve littérale contre le mari, il n'en aura pas contre la femme. Les auteurs demandent comment sera tenu le signataire à l'égard duquel le billet est valable. La question est mal posée; elle semble impliquer que le signataire à l'égard duquel le billet est nul n'est point tenu, ce qui serait une erreur évidente. Si l'obligation peut être prouvée contre lui, il sera tenu comme débiteur, d'après les principes du droit commun, pour sa part virile s'il est seulement débiteur conjoint, pour le tout s'il est codébiteur solidaire. Mais il se peut que la dette ne puisse pas être prouvée contre celui des signataires qui invoque la nullité du billet. On demande comment sera tenu le signataire à l'égard duquel le billet est valable. La question est encore mal posée ou, si l'on veut, déplacée. Ce n'est pas une question de preuve, c'est une question d'obligation; il sera tenu comme il s'est obligé, c'est-à-dire pour une part virile ou solidairement (1).

265. L'article 1325 dispose que celui qui exécute une

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 298, n° 300. Duranton, t XIII, p 290, n° 181. Larombière, t. IV, p. 297, n° 27 de l'article 1326 (Ed. B., t. III, p. 44).

convention synallagmatique ne peut plus opposer le défaut de mention qui rend l'acte nul. Il en est de même quand l'acte n'a pas été fait double (nos 230 et 231). L'article 1326 ne contient pas de disposition analogue pour le billet irrégulier. On suppose que le signataire paye une partie de la somme portée au billet, ou qu'il paye les intérêts : pourra-t-il encore invoquer l'irrégularité du billet? La négative est certaine. Peu importe que la loi ne le dise pas, elle n'avait pas besoin de le dire. En effet, l'article 1325, qui déclare le débiteur non recevable à opposer la nullité de l'acte lorsqu'il a exécuté la convention, n'est que l'application des principes généraux, et les mêmes principes doivent recevoir leur application au cas prévu par l'article 1326. Il y a néanmoins une difficulté, c'est de préciser le principe dont l'article 1326 contient une application. Dans l'opinion que nous avons enseignée, la partie qui exécute une obligation avoue par cela même qu'elle existe; dès lors peu importe que la preuve littérale soit nulle en la forme. Voilà pourquoi l'exécution partielle suffit pour rendre le débiteur non recevable à opposer le vice de forme. En principe, il en est de même dans le cas de l'article 1326. Il faut cependant admettre une restriction, c'est que l'exécution partielle fasse connaître le montant de la promesse. Tel serait le cas où le débiteur payerait l'intérêt de la somme portée au billet, ou payerait un à-compte sur le capital, en exprimant le montant du capital. Mais si le débiteur payait un à-compte sans que l'on pût connaître le chiffre de la somme due, l'aveu serait une preuve insuffisante, en ce sens qu'elle ne donnerait pas au créancier la preuve du montant de la dette. Si l'on partait du principe que l'exécution, même partielle, confirme l'acte en effaçant le vice qui le rend nul, on pourrait soutenir que le billet devient valable et fait, par conséquent, preuve de l'obligation qui y est énoncée (1).

266. Il se présente d'autres questions sur l'art. 1326,

(1) Comparez Toullier, t. IV, 2, p. 301, n° 302. Aubry et Rau, t. VI, p. 395, note 78. Larombière, t. IV, p. 399, n° 29 de l'article 1326 (Ed. B., t. III, p. 45). Agen, 7 août 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4187).

analogues à celles que nous avons déjà examinées sur l'article 1325 et qui reçoivent la même solution. La prescription de dix ans couvre-t-elle l'irrégularité de l'acte? Non; pour les motifs que nous avons développés(1). L'aveu de l'obligation entraîne-t-il une fin de non-recevoir contre celui qui a reconnu l'obligation, en ce sens qu'il ne peut plus opposer le vice de l'écrit? L'affirmative est certaine (n° 235). Bien entendu qu'il faut appliquer les principes qui régissent l'aveu. L'aveu judiciaire seul fait pleine foi. Quant à l'aveu extrajudiciaire, il faut distinguer s'il est verbal ou écrit. Nous reviendrons sur ce point en traitant de l'aveu.

§ II. *Force probante de l'acte sous seing privé.*

N° 1. NOTIONS GÉNÉRALES.

267. Aux termes de l'article 1322, « l'acte sous seing privé *reconnu* par celui auquel on l'oppose ou *légalement tenu pour reconnu* a la même foi que l'acte authentique. » A la différence de l'acte authentique, l'acte sous seing privé ne fait donc pas foi par lui-même, il n'a de force probante que s'il est reconnu ou légalement tenu pour tel en vertu d'un jugement de vérification. Nous avons déjà dit quelle est la raison de cette différence. L'acte authentique porte la signature d'un officier public qui a pour mission de donner l'authenticité, c'est-à-dire force probante aux actes qu'il reçoit; sa signature est connue ou certifiée par une légalisation; toutes les probabilités sont que l'acte signé d'un notaire a été réellement dressé par lui, qu'il est authentique, donc il doit faire foi par lui-même. Il n'en est pas de même de l'acte sous seing privé. Il porte des signatures inconnues dont rien ne garantit la vérité; il ne peut donc faire foi par lui-même, tant qu'il n'est pas certain si les signatures qui s'y trouvent émanent réellement des personnes qu'elles désignent. Comment obtenir cette certitude? Il n'y a qu'un moyen, c'est la re-

(1) Duranton, t. XIII, p. 192, n° 185.

connaissance, soit volontaire, si celui à qui l'acte est opposé reconnaît qu'il l'a signé, soit forcée, si celui à qui il est opposé ne la reconnaît point, ce qui nécessite une vérification d'écriture en justice (1).

268. Celui qui produit en justice un acte sous seing privé fait une allégation dont rien ne prouve la vérité, car l'obligation dont il demande l'exécution n'est point prouvée aux yeux du juge par une signature qu'il ne connaît point. De là suit que le signataire doit être appelé avant tout à reconnaître ou à contester la vérité de l'acte. Dans l'ancien droit, on en concluait que celui qui voulait se servir d'un acte sous seing privé devait commencer par assigner le prétendu signataire en vérification d'écriture. Sur cette demande, le signataire devait ou reconnaître sa signature ou la contester; s'il la contestait, l'écriture était vérifiée en justice; c'est seulement après la reconnaissance ou la vérification que l'acte pouvait être produit comme preuve (2). Le code civil n'a pas maintenu cette rigueur; il n'exige point que le porteur de l'acte assigne préalablement le signataire en vérification; et par cela seul qu'il n'impose pas cette condition, on ne peut pas l'exiger. La cour de cassation a décidé la question en ce sens par plusieurs arrêts qui sont à peine motivés, et ils n'avaient pas besoin d'un autre motif que le silence de la loi, lequel est décisif (3). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (4). Il est donc de principe que le demandeur n'est pas tenu de citer le signataire de l'acte sur lequel il fonde son action, aux fins de reconnaître l'écriture ou la signature. Il résulte de là que l'on s'exprime d'une manière trop absolue en disant que l'acte sous seing privé ne prouve rien par lui-même et que celui qui le produit fait une pure allégation; s'il en était ainsi, il devrait commencer par prouver son allégation, ce qui l'obligerait de procéder comme on le faisait dans l'ancien

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 191 (Locré, t. VI, p. 189).
(2) Edit de 1684, et Déclaration du 15 mai 1703.
(3) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3860.
(4) Toullier, t. IV, 2, p. 212, n° 229. Duranton, t. XIII, p. 117, n° 114. Mourlon, t. II, p. 818, n° 1558.

droit. L'acte sous seing privé a une apparence de vérité qui suffit pour lui donner quelque effet; le demandeur n'est pas tenu de prouver son allégation, c'est celui à qui l'acte est opposé qui doit ou en reconnaître ou en contester la vérité; il suffit qu'il ne la dénie point pour que le juge doive la regarder comme reconnue (1). Cela est aussi fondé en raison. Si, en théorie, l'acte sous seing privé n'est qu'une simple allégation, il n'en est pas de même en fait; presque toujours cette allégation est fondée; pour qu'elle ne le soit pas, il faut supposer le crime de faux, et heureusement les crimes sont de rares exceptions. L'écrit sous seing privé a donc une certaine probabilité en sa faveur, elle est beaucoup moindre que celle qui résulte d'un acte authentique; voilà pourquoi le défendeur peut se borner à dénier la vérité de l'acte, tandis que si on lui opposait un acte authentique, il devrait le combattre ou par l'inscription en faux, ou par la preuve contraire; c'est donc à lui qu'incomberait la preuve; tandis qu'il n'a rien à prouver si on lui oppose un acte sous seing privé. Ici reparaît l'assimilation de l'écriture privée à une allégation : alléguer, c'est affirmer; or, une affirmation est détruite par une affirmation contraire; il suffit donc que celui à qui l'on oppose un acte sous seing privé en conteste la vérité pour faire tomber la probabilité de vérité qui s'y attachait. Il faut, dans ce cas, que le demandeur prouve la vérité de l'acte en procédant à la vérification d'écriture.

269. Nous disons que le défendeur peut se borner à contester ou à dénier la vérité de l'acte. Il nous faut voir comment se fait cette contestation. L'article 1323 répond à la question : « Celui à qui on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. Ses héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas la signature ou l'écriture de leur auteur. » La raison de cette différence est sensible. Celui dont l'acte porte la signature doit savoir si cette signature est la

(1) Bruxelles, 10 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 175).

sienne, il faut donc qu'il l'avoue ou qu'il la désavoue; tandis que ses héritiers et, à plus forte raison, ses ayants cause peuvent très-bien ne pas connaître la signature de leur auteur; la loi a donc dû se contenter de la déclaration qu'ils ne la connaissent point.

Les déclarations que la loi prescrit ne doivent pas être faites dans les termes mêmes qu'elle emploie; notre droit ne connaît point de termes sacramentels; toutefois la loi veut une déclaration *formelle* afin qu'il ne reste aucune incertitude sur le point de savoir si le défendeur avoue ou s'il désavoue l'écrit qu'on lui oppose. S'il ne la conteste pas formellement, le juge est en droit de conclure que, ne l'ayant pas repoussé, il l'accepte(1). Cela est fondé en raison; celui qui évite de s'expliquer catégoriquement, en faisant des réponses évasives qui ne sont ni une reconnaissance ni une dénégation, avoue implicitement qu'il est auteur de l'écrit litigieux; sa conscience l'empêche de dénier formellement l'écrit, mais il n'a pas le courage ni l'honnêteté d'avouer la vérité tout entière. Dans des circonstances pareilles, le juge peut à bon droit tenir l'écrit pour reconnu. Nous citerons des exemples empruntés à la jurisprudence.

Le père d'un enfant naturel promet une rente viagère de 600 fr. à la mère et une pension viagère de 1,000 fr. pour l'entretien et l'éducation de sa fille. Il vient à mourir. Ses héritiers refusent d'acquitter cette dette sacrée. La demanderesse leur oppose une série de lettres émanées de leur auteur; sommés de s'expliquer, les défendeurs répondent qu'ils ne sont pas tenus de les reconnaître ni de les méconnaître. C'était jouer sur les mots; il est vrai que les héritiers, à la différence du signataire, ne doivent pas avouer ou désavouer formellement les écrits qu'on leur oppose, mais s'ils ne veulent pas les reconnaître, ils sont tenus de déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur. La cour de Bruxelles en a conclu que, le défendeur refusant de s'expliquer, les

(1) Bruxelles, chambre de cassation, 9 novembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 309). Rejet, 17 mai 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5161).

lettres produites pouvaient être tenues pour reconnues et qu'il y avait lieu, dans les circonstances de la cause, de les tenir pour telles (1).

Nous avons rapporté ailleurs une affaire plus scandaleuse : un homme marié, occupant une grande position dans le monde, séduisit une enfant de quatorze ans. La séduction et les promesses du séducteur étaient attestées par des lettres nombreuses, témoignage éclatant de l'immoralité de notre temps se cachant sous de belles phrases : la chute d'une pure jeune fille s'appelle un sublime sacrifice! Ce verbiage donne la nausée. Mis en demeure de reconnaître ou de méconnaître positivement si les lettres qu'on lui opposait étaient de son écriture, le séducteur répondit qu'il ne s'en reconnaissait pas l'auteur. C'était un mensonge, mais il n'était pas formulé dans les termes de la loi; l'article 1323 veut que le défendeur *avoue* ou *désavoue formellement* l'écriture ou la signature. La cour aurait pu se contenter de l'illégalité de la déclaration pour décider que les lettres seraient tenues pour reconnues; elle préféra confondre l'homme coupable qui essayait de tromper la justice, après avoir trompé une enfant. La cour lui opposa les réponses embarrassées et les derniers aveux qu'il avait faits dans son interrogatoire; et elle ajouta à sa honte, en procédant elle-même à la vérification moyennant les pièces qu'elle avait sous les yeux. La cour arriva à la conclusion accablante que les lettres produites au procès étaient évidemment écrites par le défendeur (2).

270. Quand y a-t-il lieu à la vérification d'écriture? L'article 1324 répond : « Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice. » Cela veut-il dire que le juge doit procéder à la vérification dans les formes prescrites par le code de procédure? Non. Tout ce que la loi exige, c'est qu'il y ait une vérification judiciaire,

(1) Bruxelles, 7 août 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 376).
(2) Caen, 10 juin 1862 (Dalloz, 1862, 2, 129).

c'est-à-dire un jugement qui décide si l'écrit litigieux est ou n'est pas tenu pour reconnu; mais la loi ne dit point comment cette vérification doit se faire. Les termes de *vérification en justice* semblent, il est vrai, indiquer que l'écriture doit être vérifiée par experts; mais, ainsi entendu, l'article 1324 serait en opposition avec une règle fondamentale de procédure, c'est que le juge est expert par la nature de ses fonctions. Voilà pourquoi l'art. 323 du code de procédure dispose que les juges ne sont pas astreints à suivre l'avis des experts. Ils peuvent donc se former une conviction indépendamment de l'expertise; dès lors il serait absurde de les forcer à ordonner une expertise si leur conviction est faite d'avance et résulte des documents du procès, comme dans la scandaleuse affaire que nous venons de rappeler. L'article 195 du code de procédure a corrigé ce qu'il y a de trop absolu dans la rédaction de l'article 1324; il est ainsi conçu : « Si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas connaître celle attribuée à un tiers, la vérification *en pourra être ordonnée*, tant par titres que par expertise et par témoins. » Ce que le code civil semblait imposer comme obligation, est donc une faculté dont le juge n'usera que si la procédure longue et coûteuse de la vérification par experts est le seul moyen de découvrir la vérité.

La jurisprudence (1) est en ce sens ainsi que la doctrine (2). Un arrêt de la cour de cassation a très-bien jugé qu'il n'y a pas contradiction entre l'article 1324 du code civil et l'article 195 du code de procédure. Le mode de vérification est facultatif; voilà pourquoi l'article 195 dit que la vérification *pourra être ordonnée* tant par titres que par experts et par témoins. Mais la vérification elle-même n'est pas facultative, l'article 1324 dit qu'elle doit être ordonnée par le juge. Peu importe que les parties ne l'aient pas demandée dans leurs conclusions; dès qu'une

(1) Nancy, 14 août 1869 (Dalloz, 1871, 2, 212). Rejet, 3 juillet 1850 (Dalloz 1850, 1, 210).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 396, note 84, § 756. Larombière, t. IV, p. 320, n° 10 de l'article 1323 (Ed. B., t. III, p. 13).

écriture est contestée dans les termes de l'article 1323, le juge est tenu, au besoin d'office, d'en ordonner la vérification, sauf à la faire lui-même à l'aide des pièces et documents du procès, ou à recourir à la vérification par experts et témoins (1).

N° 2. FOI DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ.

I. *Entre les parties.*

271. Nous supposons que l'acte sous seing privé est valable en la forme; il est reconnu ou vérifié. Quelle est sa force probante? Aux termes de l'article 1322, il a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. L'article 1320 assimile également l'acte sous seing privé à l'acte authentique en ce qui concerne la foi due aux énonciations. D'après le texte de la loi, il semble donc qu'il n'y a aucune différence entre la force probante de l'acte authentique et la force probante de l'acte sous seing privé reconnu ou légalement tenu pour tel. Le rapporteur du Tribunat s'exprime dans des termes encore plus absolus. « Pour ce qui concerne la foi due à l'acte, dit Jaubert, *il n'y a absolument aucune différence* entre les actes sous seing privé et les actes authentiques(2). » Jaubert n'ajoute qu'une restriction, il limite l'identité des deux espèces d'actes à la foi qu'ils font entre ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers ou ayants cause. Nous reviendrons sur ce point.

Les auteurs s'expriment également d'une manière absolue, et ils cherchent à expliquer l'identité de foi que font les deux catégories d'actes. Marcadé va jusqu'à dire que l'acte sous seing privé a le même *effet* que l'acte authentique, c'est-à-dire qu'il *crée* des *droits* ou *obligations* entre les parties, tout comme le ferait un acte pu-

(1) Cassation, 1er mai 1872 (Dalloz, 1872, 1, 191).
(2) Jaubert, 2e rapport, n° 14 (Locré, t. VI, p. 228).

blic (1) Est-ce qu'un *acte*, quel qu'il soit, *crée* des *droits* et des *obligations?* Voilà encore une fois la confusion entre l'*écrit* et le *fait juridique* que l'écrit constate. C'est la *convention* qui crée les *droits* et les *obligations*, ce n'est pas l'*acte*. Ceci est une négligence de rédaction. Laissons là l'*effet* qui ne regarde pas les actes, et tenons-nous à la *preuve* qui résulte de l'écrit. Est-il bien vrai que la force probante des actes sous seing privé et des actes authentiques soit la même? Larombière a essayé de justifier l'identité qu'il admet entre les deux espèces d'actes. « La reconnaissance et l'aveu de l'écriture et de la signature de la part de celui qui a intérêt à les désavouer ou à les méconnaître ont pour effet de lui donner une force pleinement probante. » C'est une affirmation, mais la raison? et qu'entend-on par *force pleinement probante?* « Du moment, dit Larombière, qu'il est légalement avéré que l'écrit émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, on trouve dans la vérification préalable de ce fait tous les éléments possibles de certitude juridique. » Toujours des affirmations alors que nous demandons des motifs! Nous continuons à transcrire. « Ils (les actes reconnus ou vérifiés) apparaissent alors avec le caractère d'une réalité tout aussi incontestable que s'il s'agissait d'un acte émané d'un fonctionnaire public dont l'authenticité n'est elle-même fondée que sur une présomption légale d'infaillibilité de la part de son rédacteur. » Voilà la troisième affirmation de la même proposition, faite en termes différents, sans que l'auteur, qui veut motiver l'identité de l'acte sous seing privé et de l'acte authentique, donne un seul motif à l'appui de son allégation. Il ajoute que « l'acte privé, reconnu ou légalement tenu pour tel, a même en sa faveur une présomption naturellement plus forte de sincérité et d'exactitude, puisqu'il est plus difficile d'admettre un soupçon d'inexactitude ou d'erreur de la part des parties qui ont écrit ou signé que de la part de l'officier public. Tel est le fondement de la foi due aux actes sous seing privé (2). »

(1) Marcadé, t. V, p. 43, n° I de l'article 1322.
(2) Larombière, t. IV, p. 302, n° 4 de l'article 1322 (Ed. B., t. III, p. 7).

272. Ces derniers mots touchent à peine à la difficulté dont l'auteur semble ne pas avoir conscience. Il y a entre les actes sous seing privé et les actes authentiques une différence si élémentaire qu'elle ne frappe pas les jurisconsultes magistrats, et, par la même raison, le législateur ne l'a pas remarquée. Dans l'acte authentique intervient un officier public, dans l'acte sous seing privé ne figurent que des particuliers. Le notaire a mission d'imprimer l'authenticité et de donner force probante non-seulement aux déclarations que lui font les parties, il est encore chargé de constater certains faits que lui-même accomplit, et ces mentions font foi jusqu'à inscription de faux. Est-ce que les parties contractantes qui rédigent un écrit sous seing privé ont aussi mission d'accomplir certains faits et de donner pleine foi à la mention qui en constate l'accomplissement? Il est certain que non. Donc il y a une différence entre les actes sous seing privé et les actes authentiques en ce qui concerne les faits que le notaire est chargé d'accomplir, tandis que la loi n'investit point les parties de cette mission. La différence est-elle de pure théorie et n'intéresse-t-elle que l'école? Elle a une conséquence pratique très-importante. Quelle est la foi due à la date dans les actes authentiques et dans les actes sous seing privé? Dans les actes authentiques, la date fait foi jusqu'à inscription de faux; ce qui veut dire que l'acte prouve la vérité de la date et que l'on ne peut soutenir que la date est inexacte, c'est-à-dire que le notaire a antidaté ou postdaté l'acte, qu'en s'inscrivant en faux. Quelle en est la raison? C'est que le notaire est tenu de dater ses actes; c'est un de ces faits que la loi le charge d'accomplir et dont il doit mentionner l'accomplissement. Est-ce que la loi charge aussi les parties de dater, les actes sous seing privé et leur donne-t-elle mission d'imprimer pleine foi à la mention de la date? Non, certes; les actes sous seing privé ne doivent pas même être datés, et la loi ne donne aucune mission aux parties contractantes. Qu'est-ce donc que la date dans les actes sous seing privé? C'est la déclaration que font les parties d'avoir dressé l'écrit au jour indiqué. Quelle est la foi de cette

déclaration? C'est celle de toute déclaration émanée des parties. Il faut distinguer : le fait matériel de la déclaration et la vérité ou la sincérité de cette déclaration. L'acte prouve jusqu'à inscription de faux que les parties contractantes ont mis telle date à l'acte qu'elles ont dressé de leurs conventions ; car dire qu'elles n'y ont pas mis la date que l'acte porte, c'est soutenir que l'acte a été fabriqué ou falsifié, au moins quant à la date. Mais l'acte ne fait pas foi de sa date jusqu'à inscription de faux en ce qui concerne la vérité de la date. Sous ce rapport, il y a une différence essentielle entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique. Le notaire ne peut, sans commettre un faux, antidater ni postdater l'acte qu'il reçoit ; donc ceux qui attaquent la vérité de la date ne peuvent le faire qu'en s'inscrivant en faux ; tandis que les parties contractantes n'ont aucune mission, pas plus quant à la date que pour les autres déclarations qu'elles constatent dans leur écrit ; elles peuvent de commun accord antidater ou postdater l'acte ; si donc l'une d'elles prétend que la date qu'elles ont mise à l'acte n'est point la date véritable, elle n'a pas besoin de s'inscrire en faux, elle peut le prouver par la preuve contraire.

Reste à savoir quelle est cette preuve contraire. La preuve testimoniale est-elle admissible? Il faut appliquer les principes que nous exposerons en traitant de la preuve testimoniale. Prouver que la date mise à un acte n'est point la date véritable, c'est prouver contre l'acte ; or, d'après l'article 1341, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. Il faudra donc que la preuve contraire se fasse par écrit, ou du moins avec un commencement de preuve par écrit, ce qui rend la preuve testimoniale admissible(art. 1347). Il y a exception lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol ou de fraude, ce qui sera d'ordinaire le cas pour la fausse date ; si les parties n'y ont pas mis la date véritable, c'est pour faire fraude à la loi ou pour faire fraude aux tiers ; dans l'un et l'autre cas, la preuve testimoniale est admise, ainsi que les présomptions, comme nous le

dirons plus loin(1). Ainsi l'acte fait avec un interdit porte une date antérieure à l'interdiction, afin de soustraire la convention à l'action en nullité qui appartient à l'interdit pour les actes postérieurs à l'interdiction : la fausse date fait fraude à la loi; dès lors la preuve testimoniale est admise, même entre les parties, parce que l'interdit n'a pas pu se procurer une preuve litterale de l'antidate; celui qui traite avec l'interdit et qui veut se mettre à l'abri de l'action en nullité, refuserait naturellement de constater l'antidate par une contre-lettre, puisque la contre-lettre, en faisant connaître la véritable date, permettrait à l'interdit d'agir en nullité. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de l'*Interdiction,* sur cette question assez mal résolue par la jurisprudence (2). Il en serait de même si, dans un acte fait avec un mineur, les parties avaient postdaté l'acte pour faire croire qu'il a été souscrit en majorité; ce serait encore une fraude à la loi, partant il y aurait lieu à la preuve par témoins et par présomptions. Quant aux tiers, ils peuvent toujours faire la preuve contraire par témoins en vertu de l'article 1348; nous reviendrons sur ce point. En définitive, l'acte sous seing privé, par lui-même, n'a point de date certaine, puisque la date qu'il porte peut toujours être attaquée par la preuve contraire.

273. La jurisprudence est peu précise en cette matière; au fond, elle n'est point contraire à la doctrine que nous venons d'exposer, mais on ne peut pas dire que les arrêts décident nettement la question.

Une reconnaissance de dette portait la date du 27 décembre 1853. La cour de Bruxelles la rectifia en substituant l'année 1864 à l'année 1853. Décider qu'un acte a une date autre que celle mise par les parties, c'est prouver contre l'acte : cette preuve pouvait-elle se faire et comment? L'arrêt garde le silence sur la question de droit; il rectifie la date en se fondant sur les documents versés au procès et sur les circonstances de la cause. Ces

(1) Larombière, t. IV, p. 304, n°s 6 et 7 de l'article 1322 (Ed. B., t. III, p. 7 et 8). Aubry et Rau, t. VI, p. 398, note 89, § 756.
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 381, n°s 320 322.

documents fournissaient-ils une preuve littérale, ou du moins un commencement de preuve par écrit qui permettait d'invoquer les circonstances de la cause, lesquelles ne sont autre chose que des présomptions? L'arrêt ne s'explique pas sur ce point essentiel; on ne voit pas même, par la décision de la cour, pourquoi la fausse date avait été mise à l'acte, et la notice qui accompagne l'arrêt est aussi obscurément rédigée que la décision de la cour (1).

Il y a une décision analogue de la cour de cassation de France. L'arrêt de rejet se borne à constater que les juges du fait ont rectifié la date d'après la correspondance des parties, les faits et circonstances de la cause, dont il n'appartient pas à la cour de cassation de reviser l'application (2). L'affaire soulevait cependant une question de droit : quelle preuve est admissible pour prouver l'erreur? Nous verrons plus loin que l'erreur peut toujours se prouver par témoins.

La cour d'Agen a jugé qu'on ne pouvait pas prouver par témoins la fausseté de la date; la date que l'on prétendait substituer à celle qui était portée à l'acte aurait privé l'acte de tout effet. Il s'agissait donc de prouver contre l'acte; ce qui ne peut se faire par témoins, d'après l'article 1341, à moins qu'il n'y ait fraude, et l'on ne voit pas par l'arrêt que la fraude fût invoquée (3). La cour d'Agen n'a donc pas jugé, comme on le lui fait dire, que la sincérité de la date ne peut être attaquée quand l'écrit est reconnu, ce qui serait une hérésie juridique, à notre avis; la cour décide, ce qui est bien différent, que l'on ne peut pas attaquer la sincérité de la date par la preuve testimoniale.

274. L'article 1322 dit que l'acte sous seing privé reconnu fait la même foi que l'acte authentique entre ceux qui ont souscrit l'acte et entre leurs héritiers ou ayants cause. Nous reviendrons sur les ayants cause; quant aux héritiers, le principe ne souffre aucune difficulté; ils succèdent aux droits et aux obligations du défunt; donc

(1) Bruxelles, 6 juillet 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 374).
(2) Rejet, 24 août 1829 (Dalloz, au mot *Arbitrage*, n° 422).
(3) Agen, 15 novembre 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3871).

l'acte qui fait foi à l'égard du défunt fait par cela même foi à l'égard de ses héritiers. Ce principe s'applique à la date, mais avec la restriction que nous y avons mise en traitant de la foi due à la date dans les actes sous seing privé. Les actes sous seing privé n'ont point de date certaine, en ce sens que les parties peuvent attaquer la date par la preuve contraire. Et ce qui est vrai des parties est vrai aussi de leurs héritiers. Quand on dit que les actes sous seing privé prouvent leur date à l'égard des héritiers, il faut l'entendre en ce sens qu'ils n'ont pas date certaine, les héritiers étant admis à prouver que l'acte a été antidaté ou postdaté.

Un propriétaire vend par acte sous seing privé, le 15 juin 1829, une certaine quantité de terres à prendre hors de celles qui sont désignées au contrat (ce sont les termes de l'arrêt). Le même jour, il vend par acte authentique à l'un des acheteurs 1 hectare 74 ares 36 centiares, à prendre aussi parmi les mêmes terres. Ces deux ventes faites le même jour devaient être exécutées par les héritiers, puisque la date de l'acte sous seing privé faisait foi à leur égard aussi bien que la date de l'acte authentique. Mais le vendeur avait vendu plus de terrains qu'il n'en possédait. La cour décida que cela n'empêchait pas les deux ventes d'être valables; et comme elles avaient eu lieu un seul et même jour, il fallait faire sur les deux achats une diminution proportionnelle (1). Sous l'empire de notre loi hypothécaire (art. 123), la difficulté serait tranchée par la date de la transcription, en supposant que les deux actes eussent été transcrits immédiatement, ce qui implique que l'un et l'autre sont authentiques; que si l'un d'eux est sous seing privé, comme dans l'espèce, ne pouvant pas être transcrit, il ne pourrait par cela même être opposé à l'acquéreur qui aurait transcrit l'acte authentique de vente.

La question de la date de l'acte a une grande importance quand il est signé par une personne frappée d'incapacité depuis la date apparente mise à l'acte. Un général

(1) Liége, 3 août 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 251).

de l'Empire, de Vaudoncourt, signe à Wilna, le 16 février 1813, un billet portant dette d'une somme de 4,000 écus de Prusse. Condamné le 15 septembre 1816 à une peine qui emporte mort civile, il l'encourut définitivement le 21 septembre 1821 à l'expiration des cinq années données pour purger la contumace. Par suite, sa succession fut ouverte au profit de ses héritiers, et ils restaient tenus de ses dettes. Le porteur du billet se présenta pour en exiger le payement; on lui opposa l'article 1328. C'était une erreur évidente, les héritiers ne sont pas des tiers, il fallait donc appliquer l'article 1322; l'acte faisait foi de sa date à l'égard des héritiers, aussi bien qu'à l'égard du signataire de l'acte (1).

La forme des actes se détermine par la loi du pays où l'acte est passé. Un contrat de mariage est fait en Angleterre par acte sous seing privé; la partie intéressée meurt en France. L'acte est valable s'il a été fait en Angleterre, il est nul s'il a été fait en France. C'est la date qui décide la difficulté. Fait-elle foi à l'égard des héritiers? L'article 1322 répond à la question (2).

Un individu contracte successivement deux mariages; il meurt laissant des enfants des deux lits et deux communautés à liquider. On produit deux actes sous seing privé constatant des emprunts qui auraient été contractés pendant la première communauté, si l'on s'en tient à la date apparente des actes. Le fils né du premier mariage conteste la date. Il a été jugé que la date faisait foi contre lui comme héritier de son père, et quoiqu'il fût aussi héritier de sa mère : il ne peut, dit la cour de cassation de Belgique, contester, comme héritier de sa mère, un acte qu'il est tenu de respecter comme héritier de son père (3).

Faut-il conclure de là que les héritiers ne sont jamais des tiers dans le sens de l'article 1328? Nous reviendrons sur la question (n° 298).

275. Nous avons insisté sur la question de date, c'est la seule qui fasse difficulté. Notre conclusion est que l'ar-

(1) Colmar, 30 juillet 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3878, 1°).
(2) Paris, 11 mai 1816 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 271).
(3) Rejet, 21 janvier 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 151).

ticle 1322 est conçu en termes trop absolus quand il dit que l'acte sous seing privé fait la même foi que l'acte authentique. Cela n'est vrai que pour les déclarations que font les parties, c'est-à-dire pour leurs conventions, et la date fait partie de ces conventions. Sous ce rapport, il y a identité entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique; le fait matériel des déclarations constatées dans l'acte est prouvé jusqu'à inscription de faux, mais la vérité des déclarations ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. Il faut donc appliquer à l'acte sous seing privé tout ce que nous avons dit de la force probante de l'acte authentique en ce qui concerne la foi due aux conventions (n° 133). La différence est celle-ci, c'est que dans l'acte authentique le notaire constate certains faits en sa qualité d'officier public et imprime par là, à la mention qu'il en dresse, foi jusqu'à inscription de faux : telle est la date. Sous ce rapport, il ne peut pas être question d'assimiler l'acte sous seing privé à l'acte authentique. L'acte authentique fait foi de sa date par lui-même et jusqu'à inscription de faux; tandis que l'acte sous seing privé n'a pas de date certaine par lui-même; il n'acquiert date certaine que dans les cas prévus par l'article 1328. L'article 1322 est donc étranger à la date.

276. Il y a encore une différence entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique en ce qui concerne la force exécutoire. Le rapporteur du Tribunat en a fait la remarque : l'article 1322, qui assimile l'acte sous seing privé à l'acte authentique, est étranger à la force exécutoire. « Il est bien certain, dit Jaubert, que le créancier qui n'est porteur que d'un acte sous seing privé, dont la signature ou l'écriture sont même reconnues, ne pourrait se permettre d'agir contre le débiteur par voie d'exécution, et qu'il serait obligé de recourir à la justice pour contraindre le débiteur à remplir ses engagements (2). » Il y a même des actes authentiques qui n'ont pas de force exécutoire; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 104). Les jugements et les actes notariés sont les seuls

(1) Jaubert, Rapport, n° 14 (Locré, t. VI, p. 228).

actes qui soient revêtus d'un mandement d'exécution au nom du roi, chef du pouvoir exécutif. Il n'y a donc qu'un moyen pour le créancier, porteur d'un acte sous seing privé, d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation, c'est de poursuivre le débiteur en justice.

Il suffit même que l'acte sous seing privé soit relaté dans un jugement pour devenir exécutoire, car toute obligation constatée dans le jugement profite du mandement qui fait un devoir aux agents de la force publique de prêter mainforte à son exécution. La question a été portée devant la cour de cassation; elle ne souffre guère de doute (1). En Belgique, elle est même décidée par un texte formel. La loi hypothécaire permet de constituer hypothèque par un acte sous seing privé reconnu en justice (art. 76); or, les hypothèques sont essentiellement des actes exécutoires. L'acte sous seing privé acquerrait encore force exécutoire s'il était reconnu devant notaires. Il cesse, dans ce cas, d'être une écriture privée pour devenir une écriture publique, et il jouit de tous les avantages de l'authenticité.

II. *A l'égard des tiers.*

277. Les actes sous seing privé ont-ils, à l'égard des tiers, la même force probante qu'entre les parties? On admet généralement l'affirmative : c'est la doctrine et la jurisprudence. Les textes ne décident pas la question et, au point de vue des principes, elle est très-douteuse. Il n'y a qu'un seul article qui traite de la force probante des actes sous seing privé, c'est l'article 1322, et il ne parle pas des tiers; si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, il faudrait plutôt dire que l'acte sous seing privé ne fait foi qu'entre ceux qui l'ont souscrit, entre leurs héritiers et ayants cause : ce sont les termes de la loi; il n'est rien dit des tiers. C'est seulement en parlant de la date de l'acte que la loi s'occupe des tiers, en disposant que l'acte

(1) Dijon, 4 juin 1872, et Rejet, 26 mai 1873 (Dalloz, 1872, 2, 97, et 1873, 1, 480).

sous seing privé ne fait foi de sa date à l'égard des tiers que dans les trois cas prévus par l'article 1328.

Voilà les textes; à vrai dire, on ne peut pas s'en prévaloir, car ils ne prévoient pas la difficulté. Nous l'avons dit en expliquant l'article 1319, le code ne s'occupe pas de la force probante des actes à l'égard des tiers. On ne peut donc pas dire : L'article 1322 donne aux actes sous seing privé la foi que font les actes authentiques; or, ceux-ci ont, à l'égard des tiers, la même foi qu'entre les parties, donc il en doit être de même des actes sous seing privé. Ce serait très-mal raisonner, car la loi ne dit pas que les actes authentiques font foi à l'égard des tiers; partant l'assimilation que fait l'article 1322 entre les deux espèces d'actes ne peut pas concerner les tiers; la loi s'en réfère à l'article 1319, et dans cet article il n'est question que des parties contractantes, leurs héritiers et ayants cause. Pourquoi, malgré le silence de la loi, reconnaît-on aux actes authentiques la même foi à l'égard des tiers qu'entre les parties? C'est parce qu'ils sont l'œuvre d'un officier public qui a pour mission d'imprimer l'authenticité aux actes qu'il reçoit : le notaire leur donne cette force probante à l'égard de la société tout entière; donc quant aux actes notariés, il n'y a pas de différence à établir entre les parties et les tiers. Tel est l'unique motif pour lequel on admet que les actes authentiques ont, à l'égard des tiers, la même foi qu'entre les parties. Or, ce motif fait défaut quand il s'agit d'un acte sous seing privé; il n'y intervient pas d'officier public, et les parties n'ont certes pas mission de donner force probante à ce qu'elles écrivent à l'égard de la société ni, par conséquent, à l'égard des tiers.

Il y a encore une autre difficulté qui soulève un nouveau doute. L'acte sous seing privé ne fait pas foi par lui-même; aux termes de l'article 1322, il ne fait foi que lorsqu'il est reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu. Il tire donc sa force probante de la reconnaissance ou de la vérification qui en est faite en justice. Or, qu'est-ce que la reconnaissance? C'est un aveu; et l'aveu, comme toute manifestation de

volonté, n'a d'effet qu'entre les parties qui interviennent dans le fait juridique; si l'acte est opposé au signataire et s'il avoue que la signature est de lui, cet aveu est, à la vérité, absolu à l'égard du signataire, mais il n'a pas d'effet à l'égard des tiers. Si l'on m'oppose un acte que le signataire a reconnu, est-ce à dire que je sois lié par cette reconnaissance? Je répondrai que je n'ai pas reconnu l'acte que l'on m'oppose, que, par conséquent, il ne fait aucune foi à mon égard. Le porteur de l'acte invoquera-t-il la vérification judiciaire? Le même doute reparaît. Dans ce cas, l'acte doit sa foi à un jugement; or, le jugement constate bien que l'acte a été vérifié à l'égard du signataire, mais il n'a pas été vérifié à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties en cause; la vérification n'existe donc pas à leur égard.

Voilà ce que l'on peut objecter, au point de vue des principes, à l'opinion généralement admise. Ce qui nous engage néanmoins à nous y rallier, c'est l'autorité de la tradition et l'esprit de la loi. Pothier enseigne formellement que les actes sous seing privé et les actes authentiques prouvent contre les tiers *rem ipsam*. C'est l'expression de Dumoulin ; elle marque que la convention est prouvée à l'égard des tiers par l'acte qui en est dressé, sans distinguer si cet acte est authentique ou sous seing privé. Pothier ajoute que les actes authentiques font de plus foi de leur date à l'égard des tiers, tandis que par eux-mêmes les actes sous seing privé n'ont pas de date certaine (1). Ainsi, à l'exception de la date, il met les actes sous seing privé sur la même ligne que les actes authentiques en ce qui concerne leur force probante. Est-ce que le code a entendu déroger à la tradition? Il faut, en cette matière, aire abstraction des textes, ils sont incomplets et mal rédigés. Quant aux travaux préparatoires, on n'y voit aucun indice d'un changement que le législateur aurait voulu apporter à l'ancien droit. Nous avons cité les paroles de Jaubert sur la force probante des actes authentiques à l'égard des tiers ; il reproduit la doctrine de Du-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 749.

rale les actes sous seing privé n'ont pas de date certaine, malgré la reconnaissance qui en est faite. La raison en est que la reconnaissance constate bien que les parties ont mis à l'acte la date qu'il porte, mais elle ne prouve pas la vérité de cette date, puisque de commun accord les parties ont pu antidater l'acte ou le postdater. Dès lors la reconnaissance ne peut pas donner date certaine à l'acte, pas même entre les parties; elles sont admises à prouver que l'acte a été antidaté ou postdaté (n° 272). A plus forte raison l'acte n'a-t-il pas date certaine à l'égard des tiers; pour qu'il ait date certaine, il faut que la vérité de la date soit assurée, et elle ne l'est que lorsque l'antidate ou la postdate deviennent impossibles. La loi détermine les cas dans lesquels la date devient certaine; nous allons d'abord les exposer, puis nous verrons si ces cas sont les seuls dans lesquels les actes aient date certaine.

Constatons avant tout que le principe de l'article 1328 est établi dans l'intérêt des tiers. Le rapporteur du Tribunat en a fait la remarque et il importe de la rappeler, elle nous aidera à expliquer la loi. Jaubert suppose qu'un créancier de Pierre fasse, en vertu d'un titre authentique, une saisie-arrêt entre les mains d'un débiteur de son débiteur. Survient un nouveau créancier porteur d'un acte sous seing privé. Concourra-t-il avec le premier créancier? On lui objecte que sa créance n'a point de date certaine, antérieure à la saisie-arrêt, que rien ne prouve, par conséquent, que l'acte n'ait été antidaté par une collusion frauduleuse du débiteur avec le prétendu créancier. On voit, dit Jaubert, que si les actes sous seing privé faisaient foi de leur date contre les tiers, ce serait ouvrir la porte à toutes sortes de fraudes. Pour mettre les tiers à l'abri de ces fraudes, le législateur a maintenu l'ancienne règle d'après laquelle les actes sous seing privé n'ont point par eux seuls de date contre les tiers (1).

280. Les actes sous seing privé acquièrent date certaine, d'abord par l'enregistrement. On entend par là une

(1) Jaubert, 2e rapport, n° 15 (Locré, t. VI, p. 228).

mention de l'acte que le receveur fait sur un registre. En constatant sur ce registre la substance de l'acte, il lui donne une date certaine à partir du jour où il est enregistré. La loi prescrit des formes pour la tenue de ce registre, afin d'empêcher toute intercalation et, par conséquent, toute fausse date. D'après l'article 1328, l'acte a date certaine à partir du jour où il a été enregistré; il va de soi que l'enregistrement ne garantit pas que l'acte a été fait à la date qu'il porte, il ne constate qu'une chose, c'est que cet acte existait au moment où il a été présenté au receveur pour être enregistré; il ne fait donc foi de sa date qu'à partir de l'enregistrement (1).

L'article 1328 dit que les actes sous seing privé n'ont de date certaine que du *jour* où ils ont été enregistrés. Que faut-il décider si deux actes portant concession du même droit ont été enregistrés le même jour? Tiendra-t-on compte du *moment* où l'enregistrement a eu lieu ou du moment où les actes ont été remis au receveur pour être enregistrés? Non, car d'une part le code dit que la date certaine existe du *jour* de l'enregistrement, et d'autre part la loi n'oblige pas les receveurs de constater le *moment* où l'acte leur est présenté, elle ne les oblige même pas d'inscrire les actes dans l'ordre de leur présentation. Que faut-il conclure? C'est que les deux actes ont la même date. Dans l'espèce jugée par la cour de Douai, il s'agissait d'un bail de chasse que le même propriétaire avait successivement consenti à deux personnes; les deux baux avaient été enregistrés le même jour; la cour donna la préférence au preneur qui s'était mis en possession (2). Cette décision nous paraît contraire à l'article 1328; les deux concessionnaires ont un droit identique, de même date, ils doivent donc avoir le droit de l'exercer l'un et l'autre, sauf à réclamer des dommages-intérêts contre le propriétaire, s'il y a lieu.

281. L'enregistrement fait à l'étranger donne-t-il date certaine à l'acte? Il a été jugé qu'un acte enregistré en

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 566, n° 29 *bis* VI.
(2) Douai, 3 août 1870 (Dalloz, 1871, 2, 115).

France a date certaine en Belgique (1). Cela nous paraît très-douteux. La date certaine est un effet que la loi attache à l'enregistrement fait par un fonctionnaire qui est investi de cette mission; or, la loi ne peut donner à un fonctionnaire aucun pouvoir hors des limites du territoire où il exerce ses fonctions; il faudrait une disposition formelle du législateur belge pour reconnaître en Belgique un effet à un acte fait en France par un fonctionnaire français, et cela ne se fait guère par des lois, cela se fait par des traités, afin d'assurer la réciprocité aux actes passés en Belgique. C'est une question de souveraineté et d'égalité des nations souveraines. Reconnaître un effet à un acte reçu par un fonctionnaire français, alors que rien n'assure que les tribunaux français reconnaîtraient cet effet aux actes passés en Belgique, ce serait placer notre souveraineté nationale sur un pied d'infériorité à l'égard de la France.

Les motifs donnés par le tribunal de Mons et par la cour de Bruxelles à l'appui de la décision contraire ne touchent pas au vrai point de la difficulté. On dit que la loi organique de l'enregistrement ne dit point qu'un acte régulièrement enregistré à l'étranger n'acquiert pas date certaine par cet enregistrement en Belgique. C'est très-mal poser la question : il s'agit de savoir si un acte posé en vertu d'une souveraineté étrangère a un effet quelconque en Belgique. La négative nous paraît certaine; dès lors le silence de la loi est insignifiant; il faudrait, au contraire, une loi formelle ou un traité qui reconnût à un acte passé à l'étranger un effet en Belgique; le silence de la loi témoigne donc contre ceux qui l'invoquent. Au point de vue fiscal, il est certain que l'enregistrement fait en France est inopérant en Belgique; les actes doivent de nouveau être enregistrés. Mais, dit-on, c'est là une mesure fiscale, une question d'impôt. On ne réfléchit pas que la date certaine et l'impôt sont étroitement liés : l'un est une conséquence de l'autre. Donc si un acte déjà enregistré en France est de nouveau enregistré en Belgique

(1) Bruxelles, 12 mars 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 230 et 235)

il s'ensuit que cet acte n'a date certaine en Belgique que du jour de cet enregistrement; à moins de dire que cet acte a deux dates certaines, l'une en vertu de l'enregistrement belge et l'autre en vertu de l'enregistrement français, ce qui est absurde.

La cour de Bruxelles donne encore un autre motif : elle invoque la règle d'après laquelle la forme des actes est déterminée par la loi du pays où l'acte est passé : *locus regit actum*. C'est faire une très-fausse application de cette maxime. Elle concerne uniquement les formes instrumentaires et non l'effet attaché à des formalités qui sont étrangères à la rédaction des actes, telles que l'enregistrement et la transcription. Cela est si évident qu'il est inutile d'y insister. La cour elle-même ne paraît pas très-sûre du motif qu'elle allègue, car elle a soin d'ajouter, pour échapper à la cassation, que peu importe que l'enregistrement fait en France donne ou non date certaine à l'acte ; que celui à qui cet acte était opposé l'ayant formellement reconnu était non recevable à en contester la date. La cour de cassation s'est emparée de cette considération de fait pour rejeter le pourvoi, et elle le fait dans des termes qui permettent de douter que la cour partageât l'avis de l'arrêt attaqué sur la question de droit (1).

282. L'enregistrement a perdu de son importance depuis que les lois nouvelles exigent que les actes translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière soient transcrits pour qu'on puisse les opposer aux tiers. D'après le code civil, l'acquéreur qui avait fait enregistrer l'acte de vente sous seing privé était considéré comme propriétaire à l'égard des tiers, par conséquent à l'égard d'un second acquéreur, à partir de l'enregistrement, et le second acquéreur eût été préféré au premier s'il avait fait enregistrer son acte de vente avant que le premier acte de vente eût acquis date certaine. Sous l'empire des nouvelles lois, on ne tient plus compte de l'enregistrement; c'est la transcription seule qui permet d'opposer aux tiers l'acte de vente; de sorte que s'il y a plusieurs acquéreurs d'un

(1) Rejet, 15 mars 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 237).

même immeuble, c'est celui qui transcrit le premier son acte qui sera propriétaire, de préférence à un acquéreur antérieur qui n'aurait pas transcrit le sien (1).

283. Les actes sous seing privé acquièrent, en second lieu, date certaine du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits (art. 1328). Il est certain que, dans ce cas, l'acte a été fait au plus tard le jour de la mort du signataire; dès ce moment, l'antidate ou la postdate deviennent impossibles par le concours de volonté des parties, quand même ceux qui survivent voudraient changer la date; il ne leur servirait de rien d'antidater, puisque la date n'est certaine qu'à partir de la mort de celui qui l'a souscrit, et postdater, ils ne le peuvent qu'en faisant un faux inutile, la signature de celui qui est décédé attestant que la date postérieure au décès est fausse.

La cour de cassation a déduit de ce principe une conséquence très-juridique, dans l'espèce suivante. Un individu marié sous le régime de la communauté donne en gage à son créancier une rente dépendante de la communauté; l'acte de gage ne fut pas enregistré. Le mari vient à mourir. De là la question de savoir si l'acte de gage est valable. Il y avait une première difficulté, sur laquelle nous reviendrons. L'article 2074 veut que l'acte qui constitue un gage soit enregistré. La cour décida que le seul but de la loi était d'assurer date certaine à l'acte; d'où suit que l'acte constitutif d'un gage peut aussi être opposé aux tiers s'il a acquis date certaine par la mort de l'un des signataires. L'acte de gage avait donc date certaine par le décès du mari; mais à partir de quel moment? L'article 1328 dit : du jour de la mort; donc après la mort, c'est-à dire après la dissolution de la communauté, alors qu'il ne peut plus être question d'un acte de disposition du mari. La cour de cassation répond que si l'acte a date certaine du jour de la mort, il est certain qu'il a une existence antérieure au décès; donc il est certain que cet acte a été fait pendant la durée de la communauté, ce

(1) Mourlon, t. II, p. 823, n° 1568, et note 3.

qui assure la validité du gage consenti par le mari, le mari ayant un pouvoir absolu de disposer à titre onéreux des biens de la communauté (1).

284. L'article 1328 porte que les actes sous seing privé ont date certaine du jour de la mort de celui ou de l'un de *ceux qui les ont souscrits*. Faut-il entendre par là les parties contractantes ou faut-il y comprendre tous ceux qui ont souscrit, soit comme parties, soit comme témoins? La question peut se présenter pour les actes sous seing privé quand il y intervient des témoins. Elle s'est présentée plusieurs fois pour des actes authentiques, nuls comme tels, mais valant comme actes sous seing privé, parce qu'ils sont signés par les parties contractantes. Ils n'ont plus date certaine en vertu de l'authenticité de l'acte, puisque l'acte est nul comme authentique; ils ne peuvent donc acquérir date certaine qu'en vertu de l'article 1328; l'un des témoins signataires meurt: l'acte aura-t-il date certaine à partir de sa mort? Lffi'armative est certaine. En effet, la loi est conçue en termes généraux, elle dit : *ceux qui ont souscrit l'acte;* donc elle s'applique aux témoins ainsi qu'au notaire. L'esprit de la loi est tout aussi évident : ce qu'elle veut, c'est un fait qui rende la date certaine; or, la mort de tout signataire rend la date certaine au jour du décès, que ce soit un témoin signataire qui meure, ou une partie contractante, ou l'officier public (2).

284 *bis*. Il y a un troisième cas dans lequel les actes sous seing privé acquièrent date certaine : d'après l'article 1328, ils ont date contre les tiers « du jour où leur *substance* est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire. » Que faut-il entendre par constatation de la *substance de l'acte?* Une simple mention ne suffit point; cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 1328 ne se contente pas d'une mention; autre chose est de mentionner

(1) Dijon, 18 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 185), et Rejet, chambre civile, 17 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 125).

(2) Rejet, 8 mai 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3785). Cassation, 11 janvier 1847 (Dalloz, *ibid.*, n° 3893).

un acte, autre chose est d'en relater la *substance*; la substance d'un acte consiste dans les éléments substantiels de l'acte, les clauses et dispositions qui le distinguent de tout autre acte et qui, par conséquent, le font connaître. Dans un acte de vente, la substance consiste dans les trois éléments essentiels : l'objet, le prix, et les noms des parties qui consentent à vendre et à acheter. Il n'est pas nécessaire que l'officier public analyse toutes les clauses de l'acte, cela serait inutile, car le but de la loi n'est pas de faire connaître les diverses clauses de l'acte; elle veut que le notaire constate son existence au jour où il le relate dans un acte public. Mais aussi une simple mention serait insuffisante; on en fit la remarque au conseil d'Etat; une mention d'un acte de vente, par exemple, n'indiquant ni les parties, ni l'objet, ni le prix ne permettrait pas de distinguer cette vente; il peut y en avoir plusieurs; laquelle est-ce? On ne le saurait pas, dès lors il y aurait incertitude et c'est la certitude que la loi exige (1).

Il a été jugé en ce sens que la mention de la date d'un acte ne suffit point pour lui assurer date certaine; dans l'espèce, il s'agissait d'une contrainte décernée par le receveur de l'enregistrement, la date seule de l'acte en vertu duquel les droits étaient dus se trouvait mentionnée dans la contrainte. En supposant, dit la cour de cassation, qu'une contrainte soit comprise dans les actes dont parle l'article 1328, il faudrait, au moins, que la substance de l'acte sous seing privé fût relatée; or, la simple mention de la date d'un acte n'en forme certes pas la substance (2).

285. Quels sont les actes qui assurent date certaine à l'écrit sous seing privé dont la substance y est relatée? L'article 1328 dit que ce sont « les actes dressés par les officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou

(1) Séance du conseil d'Etat du 2 frimaire an XII, n° 21 (Locré, t. VI, p. 111). Aubry et Rau, t. VI, p. 107, note 116, § 756. Larombière, t. IV, p. 446, n° 46 de l'article 1328 (Éd. B., t. III, p. 64).

(2) Rejet, chambre civile, 23 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Obligations* n° 4549, 1°).

d'inventaire. » L'exemple que la loi donne l'explique en la limitant. Il ne suffit pas d'un acte quelconque dressé par un officier public, il faut que l'officier ait l'écrit sous ses yeux, qu'il en prenne connaissance, puisqu'il en résume la substance dans l'acte que lui-même est appelé à dresser. Ce n'est que sous cette condition que la relation qu'il fait de l'écrit a une force probante ; l'officier constate ce qu'il a vu et ce qu'il a lu ; il en est ainsi du notaire qui dresse inventaire, et il en doit être de même de tout autre acte pour qu'il assure une date certaine à l'écrit qui y est relaté (1).

C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si un acte sous seing privé constaté par un acte d'avoué acquiert par là date certaine. L'avoué ne constate pas ce qu'il a vu, ou lu ; il rédige son acte sur les dires et les allégations des parties ; il ne s'assure pas et le plus souvent il ne peut pas s'assurer de l'exactitude de ce que les parties lui disent. Tel n'est pas son but : il constate les prétentions de la partie qui a recours à son ministère. Ce n'est pas là un acte équivalent à un inventaire. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Grenoble (2).

Le procès-verbal dressé par le greffier de la justice de paix sur une citation en conciliation relate un écrit sous seing privé. Cet écrit acquerra-t-il date certaine? L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, on s'accorde à admettre que ce procès-verbal est un acte authentique ; le juge de paix a vu l'acte, il l'a lu, il l'analyse et en mentionne la substance dans le procès-verbal ; c'est bien là l'acte que le législateur a en vue dans l'article 1328. On oppose un arrêt de la cour de Pau, mais il suffit de le lire pour se convaincre que, dans l'espèce, le magistrat n'avait pas l'acte sous les yeux. La relation portait qu'après divers pourparlers et une assez longue correspondance les parties étaient tombées d'accord sur la vente ; les lettres n'étaient pas citées et l'acte de vente n'avait pas été dressé. Sur le pourvoi, il intervint un

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 407, note 117, § 756.
(2) Grenoble, 26 août 1849 (Dalloz, 1851, 2, 23). Comparez Larombière, t. IV, p. 447, n° 47 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 64).

arrêt de rejet; la cour dit, comme nous venons de le faire, que le procès-verbal de non-conciliation ne constatait qu'une chose, les prétentions de l'une des parties. Pouvait-on dire, dans ces circonstances, que la substance de l'écrit sous seing privé était relatée dans l'acte dressé par l'officier public (1)?

286. L'article 1328 est-il restrictif? ou y a-t-il d'autres circonstances dans lesquelles un acte sous seing privé acquiert date certaine? Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi décident formellement la question. S'il y a un texte restrictif, c'est bien celui de l'article 1328 : « Les actes sous seing privé *n'ont* de date contre les tiers *que du jour*, » etc. Cette rédaction restrictive était même inutile; les dispositions de l'article 1328 sont exceptionnelles de leur nature, donc de stricte interprétation. En effet, quel est le principe? C'est que l'acte sous seing privé n'a pas de date certaine par lui-même; il n'acquiert de date contre les tiers que dans les cas déterminés par la loi ; quand on n'est pas dans un de ces cas, on reste par cela même sous l'empire de la règle. Quel est le but du législateur? De donner la certitude à la date des actes sous seing privé; or, si l'on permettait au juge de reconnaître date certaine à l'acte en dehors des circonstances prévues par la loi, on retomberait dans une incertitude absolue; les tiers ne sauraient jamais si l'acte a ou non date certaine, tout dépendant de l'appréciation du juge; dans les mêmes circonstances, tel juge déciderait qu'il y a date certaine et un autre déciderait qu'il n'y en a pas. Est-ce là ce que le législateur a voulu en disant que l'acte sous seing privé n'a de date contre les tiers que dans les trois cas énumérés dans l'article 1328? A l'appui du texte et de l'esprit de la loi, l'on peut encore invoquer ce qui s'est passé au conseil d'Etat. Le projet n'admettait que deux cas dans lesquels un acte sous seing privé acquérait date certaine, l'enregistrement et la mort de l'un des signataires. On remarqua que la disposition

(1) Pau, 18 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 139), et Rejet, 22 juin 1858 (Dalloz, 1858, 1, 243).

était incomplète. Si, dans la pensée du législateur, la question de la date certaine était abandonnée à l'appréciation du juge, les cas indiqués par la loi ne seraient que des exemples et partant il n'aurait pu être question de la compléter, puisque l'on n'aurait fait qu'y ajouter un troisième exemple (1). C'est aussi dans un sens restrictif que Jaubert explique l'article 1328 (2); nous croyons inutile de reproduire ses paroles.

Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Toullier, dont l'avis est resté isolé (3). La jurisprudence des cours de Belgique s'est prononcée dans le même sens. Un arrêt déjà ancien de la cour de Bruxelles résume la question en quelques mots; il résulte de la rédaction de l'article 1328, de la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat et de l'intention du législateur d'éviter tout arbitraire, que les dispositions de la loi sont limitatives (4). La cour de cassation de France se borne à citer le texte (5), et l'argument devrait suffire si l'on avait plus de respect pour la loi. Les cours d'appel invoquent la rédaction restrictive de la loi et le rapport fait par Jaubert au Tribunat (6). Quand l'esprit de la loi est d'accord avec le texte, tout débat devrait cesser. Cependant il s'est renouvelé. Nous comprenons les hésitations qu'éprouvent les juges du fait; quand ils sont convaincus que la date est certaine et qu'il n'y a pas eu de fraude au préjudice des tiers, ils sont disposés à modérer la rigueur de la loi. Voie funeste qui conduit à se mettre au-dessus de la loi. Voilà pourquoi nous avons tant insisté sur le principe; il faut s'y tenir sans se laisser influencer par les circonstances de la cause.

(1) Séance du 2 frimaire an XII, n° 21 (Locré, t. VI, p. 111).
(2) Jaubert, 2e Rapport, n° 15 (Locré, t. VI, p. 229).
(3) Duranton, t. XIII, p. 131, n° 131. Aubry et Rau, t. VI, p. 407 note 118, § 756. Marcadé, t. V, p. 58, n° 4 de l'article 1328. En sens contraire, Toullier, t. IV, 2, p. 231, nos 242, 243.
(4) Bruxelles, 28 décembre 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 230), et 30 août 1844 (*ibid.*, 1844, 2, 323).
(5) Rejet, chambre civile, 23 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4549, 1°).
(6) Bordeaux, 27 janvier 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3913) Agen, 4 décembre 1841 (Dalloz, *ibid.*, n° 3880, 2°). Rouen, 22 juin 1872 (Dalloz, 1874, 2, 38).

287. Il y a des faits qui semblent assurer la date de l'écrit, en éloignant toute idée de fraude. Un écrit est revêtu du timbre de la poste : acquiert-il date certaine? Oui, d'après la cour de Pau; non, dit la cour d'Aix (1). Y eût-il certitude complète, encore faudrait-il l'écarter, car ce n'est pas une certitude légale; et, dans l'espèce, la certitude qui n'est pas admise par la loi est inopérante.

La certitude de la date paraît encore plus assurée quand l'acte est visé pour timbre. Il y a un arrêt en ce sens; à nos yeux, il est sans autorité, car il part d'un faux principe, c'est que l'article 1328 n'est pas limitatif (2).

La légalisation de la signature donnée par un magistrat paraît également donner une entière certitude, cependant il a été jugé, et avec raison, que l'acte, quoique légalisé, n'a point de date certaine; le texte de l'art. 1328 répond à toutes les objections (3).

288. Il y a des circonstances qui rendent la question plus douteuse. On conteste la date d'un acte de vente ou de bail; et il se trouve que l'acquéreur est en possession, que le preneur occupe les lieux loués. Voilà des faits matériels qui attestent l'existence de la convention; peut-il être question d'antidate, de fraude alors que l'acte a reçu son exécution? Cependant la cour de cassation a décidé que les faits d'exécution et de possession ne donnaient point date certaine à l'acte. La cour d'Alger avait jugé en sens contraire; il y avait eu, dans l'espèce, des travaux exécutés pour l'établissement d'une servitude; les travaux avaient été autorisés par l'administration; ces faits ne laissaient aucun doute aux magistrats quant à la certitude de la date; mais ils oubliaient une chose, le texte de la loi. L'article 1328 ne dit pas que l'acte a date certaine dans les cas où l'antidate et la fraude deviennent

(1) Pau, 4 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1881, 2°). Aix, 27 mai 1845 (Dalloz, 1845, 2, 118).

(2) Grenoble, 10 juin 1825 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 67).

(3) Bruxelles, 13 août 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 281). Haute cour des Pays-Bas, 7 janvier 1853 (*Belgique judiciaire*, t. XII, p. 177).

impossibles, il détermine les faits qui seuls font preuve de cette impossibilité, et il n'appartient pas aux juges d'en admettre d'autres ; or, le code n'admet pas les faits d'exécution et de possession, ce qui est décisif (1).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Gand. Nous le citons pour montrer ce qu'il y a d'incertain dans la prétendue certitude que l'on croit trouver en dehors de la loi. Des communistes conviennent de liquider leur communauté ; ils dressent un acte qui jette les bases de la liquidation, puis ils font une vente de meubles. Cette vente donne-t-elle date certaine à l'acte sous seing privé signé par les communistes? Oui, dit la cour de Gand ; la vente des meubles ayant eu lieu en exécution de la convention a *nécessairement* donné date certaine à la convention (2). Est-il vrai qu'il y ait une relation *nécessaire* entre la vente des meubles et la convention de liquidation? Les associés n'ont-ils pas pu convenir verbalement de liquider et de commencer par vendre les meubles? n'ont-ils pas pu, postérieurement à la vente, dresser un acte qui détermine les bases de la liquidation et antidater cet acte? Donc l'exécution prétendue de l'acte ne prouve pas que cet acte existât. Et quand même l'exécution attesterait l'existence de l'acte, encore faudrait-il rejeter les fait d'exécution, puisque la certitude qui en résulte n'est pas la certitude légale, qui seule assure date certaine à l'acte.

289. Il se présente une autre difficulté qui, à notre avis, n'est pas tranchée par l'article 1328. Le tiers qui conteste la date certaine de l'acte avait connaissance de l'acte au moment où il a contracté : peut-il néanmoins se prévaloir de l'article et soutenir que cet acte n'a pas date certaine à son égard? L'affirmative est enseignée et consacrée par la jurisprudence. Nous allons exposer les doutes que nous laisse l'opinion générale. Le tiers oppose que l'acte n'a point de date certaine à son égard. Qu'est-ce à dire? Opposer que l'acte n'a point date certaine, c'est dire qu'il a pu être antidaté à son préjudice. Or, comment

(1) Cassation, 28 juillet 1858 (Dalloz, 1858, 1, 316).
(2) Gand, 3 janvier 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 338).

le tiers peut-il dire que l'acte aurait pu être antidaté à son préjudice, alors qu'il connaissait l'existence de l'acte lorsqu'il a contracté? Il y a là une contradiction dans les termes. On objecte, et c'est le seul argument que l'on trouve dans les arrêts, que reconnaître date certaine à l'acte sous seing privé à l'égard de celui qui en connaissait l'existence, c'est ajouter à l'article 1328 un quatrième cas dans lequel l'acte sous seing privé acquiert date certaine contre les tiers. Ici il y a erreur. Non, cet acte n'aura point date certaine contre les tiers; tout tiers pourra rejeter l'acte comme n'ayant point date contre lui. Il n'y a que le tiers qui connaissait l'acte que l'on peut repousser par une exception de dol, s'il veut se prévaloir de l'incertitude de la date, alors qu'il en connaissait l'existence (1).

Nous disons qu'il y a dol de la part du tiers qui repousse l'acte comme n'ayant pas de date certaine à son égard, bien qu'il eût connaissance de son existence. C'est le langage et c'est la doctrine de notre loi hypothécaire. Le tiers qui connaît l'existence d'un acte non transcrit ne peut pas se prévaloir du défaut de transcription (art. 1er); la loi dit qu'il n'est pas de bonne foi, et la publicité est destinée à garantir de tout préjudice les tiers de bonne foi, et non les tiers de mauvaise foi. On peut en dire autant de l'article 1328; il a pour but de garantir les tiers de bonne foi contre les antidates, c'est-à-dire contre la mauvaise foi et la fraude. Mais si le tiers lui-même est de mauvaise foi, de quoi se plaindrait-il? De ce qu'il souffre un préjudice? Il n'en souffre point, puisqu'il traite en connaissance de cause.

La jurisprudence et la doctrine admettent l'exception de dol contre le tiers qui connaît l'existence de l'acte, mais seulement dans le cas où il veut faire fraude à celui qui a un acte sans date certaine (2). Il faut qu'il y ait des-

(1) En sens contraire, Larombière, t. IV, p. 439, n° 39 de l'article 1328 (Éd. B., t. III, p. 62). Toulouse, 7 juillet 1831, et Grenoble, 9 mai 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, nos 3947, 1° et 3960, 4°).

(2) Rejet, 14 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3886, 3°), et 8 février 1837 (Dalloz, au mot *Tierce opposition*, n° 187, 4°).

sein de nuire; or, celui qui contracte alors qu'il connaissait l'acte antérieur, le fait, non en fraude des droits du premier créancier, il le fait dans son propre intérêt. Sans doute, il y a une différence entre la mauvaise foi et la fraude; mais, dans l'espèce, nous ne voyons pas sur quoi repose cette distinction. Elle est étrangère à l'article 1328; cette disposition ainsi que celle de notre loi hypothécaire (art. 1er) sont faites dans l'intérêt des tiers de bonne foi, donc les tiers de mauvaise foi ne peuvent pas s'en prévaloir. La cour de cassation de Belgique a jugé aussi que le dol fait exception, mais les termes de l'arrêt semblent se rapprocher de notre opinion, plutôt que de celle qui règne en France; l'article 1328, dit la cour, ne peut être invoqué que par les tiers de bonne foi, et nullement par ceux qui se sont rendus coupables de collusion avec le débiteur dans le dessein de frustrer de ses droits un légitime créancier (1). Dans l'espèce, il y avait fraude caractérisée, mais l'arrêt ne se borne pas à dire que la *fraude* fait exception, il pose en principe que l'article 1328 ne peut être invoqué que par les tiers de bonne foi; ce qui est conforme à notre opinion.

290. Il a été jugé que le tiers qui reconnaît la sincérité de la date que porte un écrit sous seing privé n'est plus recevable à opposer l'article 1328. Quand la reconnaissance est formelle, cela va sans dire. La reconnaissance peut aussi être tacite, comme toute expression de volonté. Le principe est incontestable; l'application est abandonnée à l'appréciation du juge. Un débiteur, par une déclaration non enregistrée, s'engage à ne pas invoquer une prescription en cours; le créancier, au lieu de contester la date de la déclaration, demande à prouver qu'à cette date la prescription était acquise; c'est reconnaître implicitement la sincérité de la date (2).

291. L'article 1328 s'applique-t-il à tout écrit sous signature privée? Il est certain qu'il s'applique aux actes unilatéraux aussi bien qu'aux actes bilatéraux. La cour

(1) Rejet, 21 mars 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 243).
(2) Rejet, 24 juillet 1871 (Dalloz, 1871, 1, 152).

droits dérivant d'une autre personne, celui dont les droits ont leur cause dans les droits d'une autre personne. Il y a des ayants cause à titre universel et des ayants cause à titre particulier. Les premiers sont successeurs universels de celui dont ils tiennent leurs droits, les autres sont successeurs particuliers. Les successeurs universels sont les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers, les légataires et donataires universels et à titre universel; tous les autres successeurs sont à titre particulier. Dans les articles 1322 et 1319 la loi parle des *héritiers* et *ayants cause;* elle ne donne jamais le nom d'héritiers aux successeurs irréguliers, ni aux légataires et donataires, alors même qu'ils sont universels et qu'ils ont la saisine. Si l'on prend le mot *héritiers* dans ce sens étroit, il ne comprend pas tous les ayants cause à titre universel. Le mot *ayants cause,* que les articles 1322 et 1319 ajoutent, comprend donc d'abord les successeurs universels autres que les héritiers, puis les successeurs particuliers; car la loi est conçue dans des termes absolus, elle ne limite pas la signification générale du mot *ayants cause* en y ajoutant universels; les successeurs particuliers y sont donc compris.

On le voit, la rédaction de la loi laisse même à désirer sous le rapport de la terminologie. Entendait-elle parler de tous les ayants cause, il était inutile de parler des héritiers, car ceux-ci sont aussi des ayants cause. N'entendait-elle parler que des ayants cause à titre universel, il suffisait de se servir de cette expression, qui s'applique aussi aux héritiers. La loi, telle qu'elle est rédigée, comprend tous les ayants cause, à titre universel et à titre particulier. Dans quelle catégorie faut-il ranger les créanciers? C'est ce que nous dirons plus loin.

294. Quant au mot *tiers* de l'article 1328, on le considère en général comme étant opposé au mot *ayants cause* de l'article 1322; de sorte que la loi entendrait par *tiers* tous ceux qui ne sont pas des ayants cause. C'est exagérer le rapport qui existe entre l'article 1322 et l'article 1328. L'interprétation serait exacte si l'article 1322 ainsi que l'article 1319 étaient bien rédigés, mais tout le

monde convient que la rédaction est incomplète et qu'il faut étendre aux tiers ce que les articles 1319 et 1322 disent des parties, des héritiers et des ayants cause. Ainsi complété et interprété, l'article 1322 comprend les tiers. Dès lors il ne peut plus y avoir d'opposition entre l'article 1328 et l'article 1322, en ce qui concerne les tiers et les ayants cause. Le rapport qui existe entre les deux articles est celui de la règle établie par l'article 1322 et de l'exception établie par l'article 1328.

Qu'entend-on par *tiers?* Nous verrons plus loin qu'une longue controverse s'est élevée sur le sens que ce mot a dans l'article 1328. Le mot *tiers* ne se prend pas comme opposé au mot *ayants cause,* pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire l'article 1er de notre loi hypothécaire : les actes translatifs de propriété immobilière ne peuvent être opposés aux tiers, c'est-à-dire qu'ils n'existent à leur égard que lorsqu'ils ont été transcrits. Qui sont ces tiers? Ce sont les acquéreurs, les créanciers hypothécaires, tous ceux qui ont acquis un droit réel sur la chose, et même les créanciers chirographaires, d'après la jurisprudence de la cour de cassation ; cependant tous ces *tiers* sont des *ayants cause.* On voit qu'en matière de transcription les *ayants cause à titre particulier* sont des *tiers.* Pourquoi? Parce que la loi veut garantir les droits de tous ceux qui n'ont pas pu connaître l'acte, non rendu public par la voie de la transcription. Ne serait-ce pas là aussi le sens du mot *tiers* dans l'article 1328? La loi veut garantir les droits et intérêts de ceux auxquels une antidate pourrait porter préjudice; donc les tiers sont précisément les ayants cause à titre particulier, car c'est surtout dans leur intérêt que la loi a établi le principe de la date certaine.

Nous ne faisons qu'expliquer le sens des mots employés par le législateur. D'après ce que nous venons de dire, l'article 1328 comprendrait sous le nom de *tiers* tous les ayants cause à titre particulier. La doctrine du code en ce qui concerne la date serait donc celle-ci : l'acte sous seing privé n'a pas de date certaine à l'égard des tiers, c'est-à-dire des ayants cause à titre particulier. Quant aux avants cause à titre universel, l'acte fait foi de sa

date, comme il en fait foi entre les parties. De là la distinction entre les ayants cause universels et les ayants cause à titre particulier.

I. *Des ayants cause universels.*

295. Les ayants cause universels sont ceux qui succèdent aux droits et obligations de leur auteur : ce sont les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers, les légataires et donataires universels ou à titre universel. Parmi ces successeurs il y en a qui représentent la personne du défunt, ce sont les héritiers légitimes et les légataires ou donataires universels quand ils ont la saisine: comme ils ne font qu'un avec la personne du défunt, il va sans dire que l'acte sous seing privé souscrit par leur auteur a la même foi à leur égard qu'à l'égard du défunt; il fait donc foi de sa date pour eux et contre eux. Quelle est cette foi? Nous l'avons dit (n° 272) : ce n'est pas la foi pleine de l'acte authentique, c'est seulement la foi jusqu'à preuve contraire. Les parties peuvent, sans s'inscrire en faux, attaquer la sincérité de la date; leurs héritiers ou successeurs saisis ont le même droit.

Il y a des successeurs universels qui n'ont pas la saisine; les légataires et donataires à titre universel ne sont jamais saisis; les légataires et donataires universels ne le sont pas lorsqu'ils concourent avec des héritiers à réserve. Les successeurs non saisis ne représentent pas la personne du défunt; dans la doctrine que nous avons enseignée, ce sont de simples successeurs aux biens; mais étant successeurs universels, ils succèdent aux droits du défunt, et ils sont tenus de ses obligations. Donc si un acte fait foi à l'égard du défunt, il doit aussi faire foi à l'égard de ses successeurs universels, mais il fait foi de la même manière, c'est-à-dire jusqu'à preuve contraire seulement.

296. Sur ce point, il n'y a pas de doute. Mais l'incertitude commence quand il s'agit d'appliquer le principe aux successeurs universels de ceux qui ont changé d'état, soit qu'étant capables, ils aient été frappés d'incapacité,

comme les interdits, soit qu'étant incapables ils soient devenus capables, comme les mineurs. La question s'est souvent présentée en ce qui concerne les héritiers de l'interdit. Au titre de l'*Interdiction*, nous avons établi que l'acte sous seing privé souscrit par l'interdit fait foi de sa date à son égard, sauf à lui à prouver qu'il a été dressé pendant son interdiction et qu'on lui a donné une date antérieure; nous avons exposé les hésitations de la jurisprudence et critiqué les mauvaises raisons que la cour de cassation donne à l'appui de la doctrine que nous croyons la bonne(1). Ce point étant admis, la conséquence, en ce qui concerne les héritiers de l'interdit, est évidente; l'acte fait foi de sa date à leur égard, comme à l'égard de l'interdit lui-même. C'est le droit commun, et la loi n'y déroge point (2). Il n'y a qu'une difficulté; on demande quelle est la preuve contraire que l'interdit et ses héritiers sont admis à faire contre la date que porte l'acte? la preuve testimoniale est-elle admissible? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. En principe, les parties ne sont pas reçues à prouver par témoins contre l'acte (art. 1341). Mais cette règle reçoit exception dans les cas où la partie intéressée n'a pas pu se procurer une preuve littérale, et tel est bien le cas de l'interdit : celui qui traite avec l'interdit, en antidatant l'acte, fait fraude à la loi et au préjudice de l'interdit; il se gardera bien de lui fournir une preuve littérale de la fraude. Donc la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions seront admises; et ce qui est vrai de l'interdit est aussi vrai de ses héritiers. Nous reviendrons sur le principe en traitant de la preuve testimoniale; et une fois le principe admis, l'application n'en est pas douteuse.

297. Un acte sous seing privé porte constitution d'une rente viagère. La personne sur la tête de laquelle elle a été créée meurt après les vingt jours de la date apparente du contrat; cette date fait-elle foi à l'égard des héritiers, ou sont-ils admis à prouver que l'acte a été

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 381-385, n°s 320-322.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 399, note 93, § 756. Colmet de Santerre, t. V, p. 565, n° 291 *bis* V. Bonnier, *Des preuves*, t. II, p. 281, n° 696.

antidaté? La solution est la même que celle que nous venons de donner pour l'interdit. Oui, l'acte fait foi de sa date contre le crédirentier qui l'a signé et contre ses successeurs universels; mais il se peut que l'acte ait été antidaté afin de le soustraire à l'application de l'article 1975, aux termes duquel le contrat est nul quand la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. Le crédirentier et ses ayants cause universels sont-ils admis à faire la preuve de l'antidate? Oui, puisque tel est le droit commun. Quelle est cette preuve contraire? Ils pourront prouver par témoins et par présomptions que l'acte a été antidaté pour faire fraude à la loi (1). C'est l'application des principes généraux; nous y reviendrons au titre des *Contrats aléatoires*.

298. Y a-t-il des exceptions au principe en vertu duquel l'acte fait foi de sa date à l'égard des héritiers, comme à l'égard du défunt? Sont-ils parfois considérés comme des tiers, en ce sens que l'acte ne fait foi de sa date à leur égard que dans les trois cas prévus par l'article 1328? L'affirmative est généralement admise : on pose comme principe que les héritiers sont des tiers quand ils agissent en vertu d'un droit qu'ils ne tiennent pas de leur auteur et que ce droit est compromis par un acte que leur auteur a fait contre eux et au préjudice du droit que la loi leur donne. Tel est le cas des réservataires lorsqu'ils attaquent un acte contenant des avantages indirects qui excèdent la quotité disponible; ils ne sont plus les ayants cause du défunt, ils sont des tiers et, par conséquent, ils peuvent se prévaloir de l'article 1328 (2).

On a critiqué cette doctrine comme impliquant une impossibilité juridique. Conçoit-on qu'un réservataire, héritier légitime, ne faisant qu'un avec la personne du défunt, soit un tiers? C'est comme si l'on disait que le défuut est un tiers dans l'acte où il est partie (3). Certes, cela

(1) Larombière, t. IV, p. 307, n° 9 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 50).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 400, et note 96, § 756. Larombière, t. IV, p. 432, n° 31 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 58).
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Obligations*, n° 2931.

paraît absurde, impossible. Mais ceux-là mêmes qui critiquent l'opinion générale admettent que les héritiers réservataires peuvent attaquer les actes que leur auteur a faits au préjudice de leur réserve. Cela aussi paraît absurde. Ne sont-ils pas les représentants du défunt et peuvent-ils, comme tels, attaquer des actes que le défunt n'aurait pas pu critiquer? La contradiction s'explique en ce sens qu'il y a une règle et une exception; l'exception ne peut pas être taxée d'absurdité quand elle a un fondement rationnel. Or, rien n'est plus rationnel que de ne pas considérer l'héritier réservataire comme représentant du défunt, alors que le défunt porte atteinte à la réserve. Il y a là un conflit d'intérêts qui permet de regarder l'héritier comme un tiers.

Nous croyons que la question est mal posée et, par suite, mal résolue. A notre avis, l'article 1328 est hors de cause dans les cas où l'héritier réservataire attaque un acte par lequel le défunt a porté atteinte à sa réserve. C'est ce qu'il est facile de démontrer en parcourant la jurisprudence. On lit dans un arrêt de la cour de Paris : « Les actes sous seing privé font pleine foi contre ceux qui les ont souscrits et leurs héritiers. Ce principe ne reçoit d'exception qu'à l'égard des héritiers au profit desquels la loi a réservé une portion des biens du défunt et lorsqu'il s'agit de dispositions présumées faites contre la prohibition de la loi; dans ce cas seulement, les héritiers peuvent être regardés comme des tiers à l'égard desquels les actes sous seing privé ne font foi que lorsqu'ils ont acquis une date certaine. » Voilà bien la doctrine des interprètes. Mais que de confusion et d'inexactitude dans la formule de ce prétendu principe! D'abord, il n'est pas exact de dire que les actes sous seing privé font *pleine* foi de leur date, comme la cour semble le dire. Puis le droit des réservataires n'a rien de commun avec la date des actes que leur auteur souscrit; peu importe quelle date ces actes portent, les héritiers réservataires peuvent toujours les attaquer. La cour confond l'*effet* des actes avec la preuve qu'ils font. Que les héritiers soient réservataires ou non, cela n'a aucune influence sur la force

antidaté? La solution est la même que celle que nous venons de donner pour l'interdit. Oui, l'acte fait foi de sa date contre le crédirentier qui l'a signé et contre ses successeurs universels; mais il se peut que l'acte ait été antidaté afin de le soustraire à l'application de l'article 1975, aux termes duquel le contrat est nul quand la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. Le crédirentier et ses ayants cause universels sont-ils admis à faire la preuve de l'antidate? Oui, puisque tel est le droit commun. Quelle est cette preuve contraire? Ils pourront prouver par témoins et par présomptions que l'acte a été antidaté pour faire fraude à la loi (1). C'est l'application des principes généraux; nous y reviendrons au titre des *Contrats aléatoires*.

298. Y a-t-il des exceptions au principe en vertu duquel l'acte fait foi de sa date à l'égard des héritiers, comme à l'égard du défunt? Sont-ils parfois considérés comme des tiers, en ce sens que l'acte ne fait foi de sa date à leur égard que dans les trois cas prévus par l'article 1328? L'affirmative est généralement admise : on pose comme principe que les héritiers sont des tiers quand ils agissent en vertu d'un droit qu'ils ne tiennent pas de leur auteur et que ce droit est compromis par un acte que leur auteur a fait contre eux et au préjudice du droit que la loi leur donne. Tel est le cas des réservataires lorsqu'ils attaquent un acte contenant des avantages indirects qui excèdent la quotité disponible; ils ne sont plus les ayants cause du défunt, ils sont des tiers et, par conséquent, ils peuvent se prévaloir de l'article 1328 (2).

On a critiqué cette doctrine comme impliquant une impossibilité juridique. Conçoit-on qu'un réservataire, héritier légitime, ne faisant qu'un avec la personne du défunt, soit un tiers? C'est comme si l'on disait que le défuut est un tiers dans l'acte où il est partie (3). Certes, cela

(1) Larombière, t. IV, p. 307, n° 9 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 50).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 400, et note 96, § 756. Larombière, t. IV, p. 432, n° 31 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 58).
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Obligations*, n° 2931.

paraît absurde, impossible. Mais ceux-là mêmes qui critiquent l'opinion générale admettent que les héritiers réservataires peuvent attaquer les actes que leur auteur a faits au préjudice de leur réserve. Cela aussi paraît absurde. Ne sont-ils pas les représentants du défunt et peuvent-ils, comme tels, attaquer des actes que le défunt n'aurait pas pu critiquer? La contradiction s'explique en ce sens qu'il y a une règle et une exception; l'exception ne peut pas être taxée d'absurdité quand elle a un fondement rationnel. Or, rien n'est plus rationnel que de ne pas considérer l'héritier réservataire comme représentant du défunt, alors que le défunt porte atteinte à la réserve. Il y a là un conflit d'intérêts qui permet de regarder l'héritier comme un tiers.

Nous croyons que la question est mal posée et, par suite, mal résolue. A notre avis, l'article 1328 est hors de cause dans les cas où l'héritier réservataire attaque un acte par lequel le défunt a porté atteinte à sa réserve. C'est ce qu'il est facile de démontrer en parcourant la jurisprudence. On lit dans un arrêt de la cour de Paris : « Les actes sous seing privé font pleine foi contre ceux qui les ont souscrits et leurs héritiers. Ce principe ne reçoit d'exception qu'à l'égard des héritiers au profit desquels la loi a réservé une portion des biens du défunt et lorsqu'il s'agit de dispositions présumées faites contre la prohibition de la loi; dans ce cas seulement, les héritiers peuvent être regardés comme des tiers à l'égard desquels les actes sous seing privé ne font foi que lorsqu'ils ont acquis une date certaine. » Voilà bien la doctrine des interprètes. Mais que de confusion et d'inexactitude dans la formule de ce prétendu principe! D'abord, il n'est pas exact de dire que les actes sous seing privé font *pleine* foi de leur date, comme la cour semble le dire. Puis le droit des réservataires n'a rien de commun avec la date des actes que leur auteur souscrit; peu importe quelle date ces actes portent, les héritiers réservataires peuvent toujours les attaquer. La cour confond l'*effet* des actes avec la preuve qu'ils font. Que les héritiers soient réservataires ou non, cela n'a aucune influence sur la force

probante de l'acte signé par leur auteur, cet acte fait foi à leur égard; si l'acte ne faisait aucune foi, ils n'auraient pas besoin d'agir en justice pour l'attaquer. Mais peu importe que l'acte fasse foi, les héritiers n'en ont pas moins le droit d'en demander la nullité comme fait en fraude de la réserve. Enfin, ce qui met le comble à la confusion dans cet étrange arrêt, c'est qu'il ne s'agissait pas d'héritiers réservataires ni de leurs droits. Une donation avait été faite par contrat de mariage passé à Londres sous seing privé : cette date faisait-elle foi à l'égard des héritiers de la donatrice? Telle était la question. La cour de Paris jugea que la date faisait foi à l'égard des héritiers (1). Cela est élémentaire. Mais qu'est-ce que cela a de commun avec l'article 1328?

On lit dans un arrêt de la cour de cassation que « l'héritier à réserve n'est pas considéré comme l'*ayant cause* de son auteur, lorsqu'il attaque les actes souscrits frauduleusement par celui-ci dans le but de le priver de son héritage (2). » Le mot *ayant cause* semble rappeler l'article 1322; si telle est la pensée de la cour, elle se trompe. Il n'était pas question, dans l'espèce, de la date de l'acte ni de sa force probante; il s'agissait du droit qu'ont les héritiers réservataires d'attaquer les actes faits en fraude de leur réserve. Ce droit existe quand même l'acte frauduleux serait authentique; cela est décisif.

La question s'est présentée pour un acte authentique constatant une vente faite en fraude des héritiers au profit d'un enfant naturel. On contestait aux héritiers le droit d'attaquer l'acte; la cour de Gand reconnut le droit des héritiers, incontestable dans l'espèce. Pour motiver sa décision, la cour dit que « les héritiers exerçant ici des droits personnels qu'ils tiennent de la loi et non du défunt, sont, à l'égard des actes qu'ils attaquent, de *véritables tiers* (3). Ces derniers mots sont de trop; on en pourrait induire que les actes, soit authentiques, soit sous seing privé, ne font pas foi à l'égard des héritiers quand

(1) Paris, 11 mai 1816 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 271).
(2) Rejet, 6 février 1838 (Dalloz au mot *Dispositions*, n° 739).
(3) Gand, 21 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 272).

ils agissent en vertu d'un droit qui leur est propre; les actes font toujours foi à leur égard, ce qui n'empêche pas les héritiers de les attaquer pour cause de fraude et de simulation.

299. Les héritiers bénéficiaires sont-ils des tiers, quant aux actes faits par le défunt? Nous avons dit, au titre des *Successions*, que les héritiers bénéficiaires sont les représentants du défunt, aussi bien que les héritiers purs et simples (1). En effet, l'acceptation bénéficiaire ne les empêche pas d'être saisis; or, tout successeur universel saisi représente la personne du défunt; l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne modifie ce principe qu'en ce qui concerne les obligations de l'héritier. De là suit que les actes qui font foi à l'égard du défunt font foi à l'égard de l'héritier bénéficiaire; seulement si ces actes constatent une dette, l'héritier n'en est tenu que jusqu'à concurrence de son émolument. Quand nous disons que la date des actes fait foi à l'égard des héritiers, cela ne veut pas dire, comme on le dit souvent, qu'elle fait pleine foi; la preuve contraire est toujours admise; l'intérêt pratique de la question est de savoir à qui incombe la preuve. Dans notre opinion, c'est à l'héritier bénéficiaire, par cela seul qu'il est héritier.

La jurisprudence est incertaine. Des enfants acceptent la succession de leur père sous bénéfice d'inventaire, on leur oppose une obligation qu'il a souscrite; peuvent-ils soutenir, comme représentants de leur mère, que cet acte n'a pas date certaine à leur égard? Non, dit la cour de Bruxelles; les enfants, représentants de leur père, ne peuvent pas s'opposer à eux-mêmes le défaut de date certaine d'un acte qui porte sa signature, quoiqu'ils soient aussi représentants de leur mère (2). On voit que la cour considère les enfants comme représentants de leur père, alors même qu'ils sont bénéficiaires; c'est la bonne doctrine, à notre avis.

La cour de cassation de France a jugé que l'acte sous-

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 129, n° 97.
(2) Bruxelles, 10 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 10; Dalloz, n° 3932).

crit par le défunt ne fait pas foi de sa date à l'égard de l'héritier bénéficiaire, lorsque celui-ci est créancier de la succession et qu'il agit contre elle en payement de ce qui lui est dû (1). Cela nous paraît douteux. Si l'héritier bénéficiaire peut agir contre la succession, c'est que le patrimoine de l'hérédité ne se confond pas avec le sien; mais cela ne l'empêche pas d'être héritier. Si l'acte a date certaine lorsque l'héritier est débiteur, il doit aussi avoir date certaine quand il est créancier, sauf à faire la preuve contraire.

300. Une contestation s'élève entre les enfants de deux lits sur la question de savoir si une acquisition d'immeubles a été faite avant ou après la dissolution de la première communauté et si, par suite, l'immeuble est un conquêt ou un propre. La cour de Metz a jugé que, dans ce cas, les héritiers sont des tiers entre eux, c'est-à-dire qu'ils peuvent invoquer l'article 1328, ce qui ne nous paraît pas douteux, car la qualité de représentant du défunt n'est pas en cause dans ce débat (2).

301. Il se présente une difficulté analogue dans le cas où l'un des signataires de l'acte est mandataire : le mandant est-il censé partie dans l'acte et, par conséquent, l'avoir signé, de sorte que l'acte a date à son égard, comme s'il y avait personnellement figuré (3). On suppose que l'acte est sous seing privé et qu'il n'a acquis date certaine qu'après la cessation ou la révocation du mandat. Les auteurs sont d'accord pour admettre que l'acte signé par le mandataire a date certaine à l'égard du mandant. Ils appliquent ce principe au mandat légal; l'acte fait par le mari comme administrateur des biens de la femme a date certaine à l'égard de la femme; l'acte souscrit par le tuteur a date certaine contre le mineur. L'acte a date certaine à l'égard du mandant, en ce sens qu'il est censé l'avoir signé, sauf à lui à prouver que l'acte est posté-

(1) Rejet, 22 juin 1818 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 2682, 1°).
(2) Metz, 28 mai 1863 (Dalloz, 1863, 2, 175).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 406, § 756. Larombière, t. IV, p. 438, n° 38 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 61).

rieur à la révocation ou à la cessation du mandat (1).

La jurisprudence française est conforme à cette doctrine. Un arrêt de la cour de cassation décide que l'article 1328 est sans application dans l'espèce, le mandant ne pouvant pas être considéré comme un tiers à l'égard du mandataire. La cour de Bordeaux développe ce motif en termes assez peu juridiques : « Le mandataire, dit-elle, est l'image du mandant ; dans le cercle de ses pouvoirs, il peut faire tout ce que pourrait faire le mandant lui-même. Si donc le mandant peut donner par sa signature une date certaine, à son égard, aux actes sous seing privé qu'il souscrit, le mandataire qui le représente a la même faculté. » Cela est d'évidence quand il est constant que l'acte a été souscrit avant la fin du mandat ; mais le mandant soutient précisément que le mandat avait cessé. et que l'acte a été antidaté ; est-ce à lui de faire la preuve de l'antidate? Telle est la vraie difficulté. La cour de Bordeaux répond qu'il est libre au mandant de soutenir que les actes du mandataire ont été réellement passés à une autre époque que celle de leur date apparente ; mais demandeur dans cette exception, c'est à lui de l'établir sur des preuves positives. On objecte les abus, la difficulté de prouver la fraude ; la cour de Bordeaux répond que le mandat est de la volonté du mandant, le mandataire de son choix et qu'il ne peut répudier les obligations qui dérivent du contrat dont il a recueilli les avantages (2). Est-ce bien une *obligation* dérivant du mandat que de reconnaître la date des actes souscrits par le mandataire, alors qu'il est incertain si le mandat subsistait encore?

Les cours de Belgique se prononcent, en général, pour l'opinion contraire ; elles ne reconnaissent pas date certaine à l'acte souscrit par le mandataire lorsque le mandant est venu à mourir ; elles imposent donc le fardeau de la preuve à celui qui soutient que l'acte a été fait avant la mort du mandant (3). Au point de vue des faits, c'est peut-être la doctrinel a plus sage ; mais est-elle légale?

(1) Rejet, 19 novembre 1834 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 402, 3°).
(2) Bordeaux, 22 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 402, 2°).
(3) Bruxelles, 5 septembre 1818, 28 avril 1830, 29 mars 1847 (*Pasicrisie*,

Nous en doutons : l'acte signé par le mandataire est censé signé par le mandant, sauf au mandant à prouver l'antidate; tel est le principe de la jurisprudence française, et en droit nous le croyons inattaquable.

Si l'on admet le principe, l'application au mandat légal ne souffre pas de doute. Il a été jugé que les actes sous seing privé souscrits par le tuteur peuvent être opposés au pupille, bien qu'ils n'aient point acquis date certaine avant la fin de la tutelle. Dans l'espèce, il s'agissait d'un bail consenti par le tuteur; la cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait refusé de reconnaître date certaine au bail à l'égard du mineur. La cour pose en principe que le mineur est tellement représenté par son tuteur que le fait de ce dernier est considéré comme le fait de l'autre. Quant aux actes que le tuteur passe dans les limites du mandat qu'il tient de la loi, le mineur est dans la position du mandant relativement aux actes que le mandataire fait dans les bornes de son pouvoir. Loin d'être des tiers dans le sens de l'article 1328, ils sont censés être parties auxdits actes dans le sens de l'article 1322. Ils peuvent, sans doute, soutenir que l'acte a été fait après la cessation de la tutelle, mais c'est à eux de faire la preuve de la fausseté de la date (1).

Comment se fera cette preuve? La cour de Caen invoque les circonstances de la cause, c'est-à-dire des présomptions (2), ce qui implique que la preuve testimoniale est admissible et que l'acte est attaqué pour cause de fraude. En effet, il y a fraude quand le tuteur antidate un acte au préjudice du pupille, et celui-ci a certes été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de la fraude dont il serait la victime si l'acte était maintenu.

302. Une question s'est encore présentée pour l'Etat successeur des corporations religieuses dont les biens ont été déclarés biens de la nation. L'Etat est succes-

1818, p. 176; 1830, p. 115; 1847, 2, 351). Il y a cependant un considérant en sens contraire, dans un arrêt de Bruxelles, du 10 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 10).

(1) Cassation, 8 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 250).

(2) Caen, 29 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 291).

seur universel. En quelle qualité? Ce n'est pas comme héritier : l'Etat ne tient pas son droit des corporations; ce sont, au contraire, les corporations qui tenaient leur droit de l'Etat. Pour mieux dire, les corporations sont sans droit, le véritable droit appartient à l'Etat; il était virtuellement propriétaire des biens qu'il permettait aux corporations de posséder en vue d'un service public. En ce sens on peut dire que les corporations avaient une charge, un mandat; elles étaient chargées du service du culte et de la charité en vertu d'une délégation de l'Etat. On peut donc comparer l'Etat à un mandant. Comme tel, il est partie aux actes faits légalement par les corporations religieuses. L'Etat a plus d'une fois contesté la date que portaient les actes souscrits par les anciennes corporations, en soutenant que la date apparente était fausse, qu'en réalité ils avaient été faits après la suppression des corporations. La difficulté est toujours de savoir à qui incombe la preuve. Les cours de Belgique ont décidé que les actes faisaient foi de leur date à l'égard de l'Etat, sauf à l'Etat à prouver l'antidate. Nous croyons qu'elles ont bien jugé, mais les motifs laissent à désirer. Les arrêts disent que l'Etat est ayant droit ou ayant cause des corporations supprimées, ou qu'il est leur successeur universel (1). A notre avis, son droit est supérieur. Ce n'est pas comme ayant cause ou successeur qu'il s'est emparé des biens de l'Eglise. Les personnes dites civiles n'ont pas de vraie propriété; si elles possèdent, c'est comme remplissant une mission sociale; c'est donc la société ou son organe, l'Etat, qui possède. Trouve-t-il que tel établissement public doit être supprimé, il a le droit et le devoir d'en prononcer la suppression. Que deviennent alors les biens? Ils restent ce qu'ils étaient, biens de l'Etat. L'Etat n'est donc pas un successeur, ni un ayant cause, c'est un propriétaire qui reprend la gestion d'un patrimoine dont il avait confié l'administration à un corps qu'il trouve bon de supprimer. Il suit de là qu'il est partie aux actes faits

(1) Bruxelles, 30 octobre 1823; chambre de cassation de Bruxelles, 30 janvier 1824; Bruxelles, 5 avril 1837 (*Pasicrisie*, 1823, p. 519; 1824, p. 8; 1837, p. 83).

par les anciennes corporations ; en ce sens ces actes font foi de leur date à son égard, comme ceux du mandataire à l'égard du mandant, sauf à prouver que le mandataire a antidaté pour tromper le mandant.

II. *Des ayants cause à titre particulier.*

1. LE PRINCIPE.

303. Il y a des ayants cause à titre particulier : tels sont les acquéreurs, donataires, légataires à titre particulier, les preneurs et tous ceux qui ne succèdent à leur auteur que pour des droits déterminés ; par exemple, les créanciers hypothécaires, ou ceux qui ont un droit déterminé à exercer contre une personne, comme créanciers chirographaires. Pour le moment, nous laissons de côté les créanciers chirographaires, nous verrons plus loin si le principe général que nous allons poser leur est applicable. On demande si les ayants cause à titre particulier sont des tiers dans le sens de l'article 1328 : l'acheteur, le donataire, le créancier hypothécaire, le preneur sont des ayants cause dans le sens le plus large de ce mot ; ils semblent donc compris dans l'article 1322, qui parle des ayants cause en termes généraux sans distinguer entre les ayants cause universels et les ayants cause à titre particulier. Or, si ces successeurs sont compris dans l'article 1322, il faut dire que les actes faits par leur auteur font foi à leur égard, car cet article dit que l'acte sous seing privé reconnu a entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers ou *ayants cause* la même foi que l'acte authentique. S'il a la même foi que l'acte authentique, il fait donc foi de sa date à l'égard de tous les ayants cause à titre particulier. Dès lors il paraît impossible de considérer ces ayants cause comme des tiers et de dire que les actes sous seing privé n'ont pas de date contre eux.

Telle est l'interprétation que Toullier a donnée des articles 1322 et 1328. Voici l'application qu'il fait de son principe. Je vends un fonds à Pierre par acte sous seing privé portant la date du 1er janvier 1817. Le 1er mars

suivant, je vends le même fonds à Paul par acte authentique. Lequel des deux acquéreurs sera propriétaire? Le premier, sans contredit, d'après Toullier. En effet, il est devenu propriétaire à l'égard de tous par l'effet de la vente que le propriétaire lui a consentie; donc la seconde vente est nulle à l'égard de Pierre, c'est la vente de la chose d'autrui (art. 1599). Vainement le second acquéreur opposera-t-il à Pierre que l'acte de vente qu'il invoque n'a point de date certaine contre les *tiers* et que lui est un tiers. Pierre répondra, avec l'article 1322, que les acquéreurs ne sont pas des *tiers*, ils sont les *ayants cause* du vendeur, et entre *ayants cause* l'acte sous seing privé reconnu a la même foi que l'acte authentique, donc il fait foi de sa date (1).

L'argumentation de Toullier paraît avoir une base inébranlable, le texte de la loi. Cependant son opinion est restée à peu près isolée, les auteurs la repoussent (2) et la jurisprudence la condamne (3). On peut dire que la question est définitivement décidée, et il semble que c'est peine perdue que de la traiter encore: elle est épuisée en doctrine, dit M. Larombière, et fixée en jurisprudence; il suffit, ajoute-t-il, de résumer les principes (4). Cette tâche n'est pas aussi facile qu'on pourrait le croire d'après les paroles de M. Larombière. Les principes sont-ils certains, comme on le prétend? Il y a un point sur lequel les auteurs et les arrêts s'accordent, c'est que les ayants cause à titre particulier sont des tiers. C'est une proposition toute contraire à celle que Toullier a fondée sur le texte de l'article 1322. Mais il ne suffit pas d'énoncer une proposition, il faut la prouver; et quand on lit les critiques qui ont été faites de la théorie de Toullier, on trouve presque autant d'avis différents que d'auteurs. Il y en a qui

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 236-254, n°s 245 et 246, et la note.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 400, note 97, et les auteurs qui y sont cités. Il faut ajouter Duvergier sur Toullier, t. IV, 2, p. 254-258, note; Larombière, t. IV, p. 405, n°s 3 et 4 de l'article 1328 (Éd. B., t. III, p. 48).
(3) Rejet, 20 février 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3947, 2°). Cassation, 21 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 1, 289). Comparez les arrêts des cours d'appel cités par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3947.
(4) Larombière, t. IV, p. 404, n° 2 de l'article 1328 (Éd. B., t. III, p. 47).

disent, et c'est le grand nombre, que le mot *ayants cause* dans l'article 1322 ne comprend que les ayants cause universels. D'autres objectent, et non sans raison, que c'est introduire dans le texte une distinction qui n'y est point; et qui autorise les interprètes à distinguer là où la loi ne distingue point (1)? Voilà déjà un grave dissentiment, et il touche au principe même. Ce n'est pas tout. Il faut prouver que les ayants cause à titre particulier sont des tiers. Sur ce point, Merlin a son explication, Ducaurroy a la sienne; chaque auteur, pour mieux dire, cherche à expliquer à sa façon l'antinomie apparente qui existe entre l'article 1322 et l'article 1328 (2). Nous voilà loin de ces principes certains qu'il suffit de résumer, au dire de Larombière. Le principe est encore à établir, nous allons essayer de le faire à notre tour; nous croyons que la difficulté réside dans la mauvaise rédaction de la loi, et que si on l'écarte, tout doute disparaît.

304. A notre avis, l'article 1322 est étranger à la question. Dans l'opinion générale, on suppose que cet article détermine la force probante de l'acte sous seing privé en ce qui concerne la date. Nous croyons que tel n'est pas l'objet de l'article 1322; et il suffit, pour s'en convaincre, d'appliquer le texte de la loi à la date que porte l'acte sous seing privé. Le texte dit : « L'acte sous seing privé reconnu fait la même foi que l'acte authentique. » Or, l'acte authentique fait foi de la vérité de la date jusqu'à inscription de faux; donc l'acte sous seing privé prouverait aussi jusqu'à inscription de faux la sincérité de la date que les parties y ont mise. Cependant il est certain que cela n'est pas, nous l'avons démontré, et cela nous paraît incontestable : l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date que jusqu'à preuve contraire (n° 272). Donc le texte de l'article 1322, tel qu'il est conçu, ne peut pas recevoir d'application à la date. Cela prouve déjà que l'antinomie entre l'article 1322 et l'article 1328 n'existe pas. Que dit l'article 1328? Que l'acte sous seing privé

(1) Comparez Marcadé, t. V, p. 57 et suiv., n° II de l'article 1328.
(2) Voyez les auteurs cités dans le *Répertoire* de Dalloz, n°s 3919-3923.

n'a de date contre les tiers que dans les trois cas qu'il énumère, c'est-à-dire que, hors de ces trois cas, l'acte sous seing privé n'a pas de date certaine à l'égard des tiers. Nous disons que l'acte n'a pas de date *certaine;* cela signifie, de l'aveu de tous, que la date apparente n'est pas présumée sincère, en ce sens que ce n'est pas à celui à qui on oppose l'acte de prouver que la date est fausse; c'est à celui qui se prévaut de l'acte de prouver la sincérité de la date, et il ne le peut qu'en établissant que l'acte a acquis une date certaine par l'un des faits qui, d'après l'article 1328, assurent la certitude de la date. Tel est le système du code en ce qui concerne la force probante de la date à l'égard des tiers.

Entre les parties, l'acte sous seing privé n'a pas non plus de date certaine dans le sens de l'article 1328. Alors même que l'acte est reconnu, la date qu'il porte n'est pas une date certaine, c'est-à-dire une date dont la sincérité ne peut être attaquée que par l'inscription de faux; la date n'est qu'une déclaration, et cette déclaration peut être combattue par la preuve contraire (1). Donc, entre les parties, l'acte n'a pas de date certaine; elles sont admises à prouver que l'acte est antidaté, que la date n'est pas sincère. Ce qui est vrai des parties est aussi vrai de leurs héritiers, et cela serait vrai également des ayants cause à titre particulier et même de tous tiers, si l'article 1322 s'appliquait à la date. Ici nous touchons à la mauvaise rédaction de la loi, qui a tout embrouillé.

305. La loi ne dit rien de la force probante des actes à l'égard des tiers, pas plus des actes authentiques que des actes sous seing privé. Cependant il est de principe et de jurisprudence que les actes font la même foi à l'égard des tiers qu'entre les parties. Quelle est cette foi? Les actes authentiques font foi des déclarations des parties, du fait matériel jusqu'à inscription de faux, et du fait mo-

(1) Toullier (t. IV, 2, p. 234, n° 245) dit le contraire : « Une conséquence nécessaire de l'article 1322 est que la date des actes reconnus est *pleinement assurée* entre et contre ceux qui les ont souscrits ». C'est une erreur, et cette erreur a entraîné toutes les autres erreurs que l'on reproche à Toullier.

ral ou de la sincérité du fait jusqu'à preuve contraire. Ce principe est commun aux actes authentiques et aux actes sous seing privé, et c'est sous ce rapport que l'art. 1322 assimile les actes sous seing privé aux actes authentiques.

Faut-il appliquer cette assimilation à la date? Non, et cela prouve que l'article 1322 ne s'applique pas à la date des actes sous seing privé. Si l'on appliquait à la date le principe de l'article 1322, il faudrait dire que l'acte fait foi de sa *date à l'égard de tous*, comme il prouve la *convention à l'égard de tous*, c'est-à-dire jusqu'à preuve contraire; et cette preuve contraire pourrait se faire par témoins et par présomptions lorsque celui qui conteste la sincérité de la date n'a pas pu se procurer une preuve littérale de la vraie date.

Est-ce là le système du code? Evidemment non. A cause de la facilité de l'antidate et, par conséquent, à raison de la facilité qu'il y aurait de tromper ceux qui ne figurent pas à l'acte et qui ignorent la vraie date, le législateur pose comme principe que l'acte sous seing privé n'a de date certaine, c'est-à-dire de date vraie et sincère, que dans les trois cas déterminés par la loi. Voilà un tout autre principe que celui que l'article 1322 établit quant à la preuve de la convention : l'acte prouve la convention à l'égard de tous jusqu'à preuve contraire, tandis qu'il ne fait pas foi de sa date à l'égard de tous jusqu'à preuve contraire. Donc l'article 1322 n'est pas applicable à la date.

Quelle est donc la théorie du code en ce qui concerne la force probante de la date? L'acte authentique fait foi de la sincérité de sa date entre les parties et à l'égard des tiers. L'acte sous seing privé ne fait foi de la sincérité de sa date que dans les cas déterminés par l'article 1328. Cet article le dit pour les *tiers;* il faut le dire aussi pour les parties, car l'acte ne fait pas foi de la sincérité de sa date entre les parties par cela seul qu'il est reconnu; malgré leur reconnaissance de l'écriture et de la signature, les parties peuvent contester la vérité de la signature, tandis qu'elles ne le peuvent plus lorsque l'acte

a acquis date certaine dans l'un des trois cas prévus par l'article 1328. Donc il faut formuler le principe du code comme suit : L'acte sous seing privé n'a point de date. L'oppose-t-on à un tiers, il peut se borner à dire que l'acte n'a point de date, à moins qu'il ne soit enregistré, relaté dans un acte authentique, ou que l'un des signataires ne soit mort. Oppose-t-on l'acte à l'une des parties qui l'a reconnu ; en le reconnaissant elle avoue que la date portée à l'acte y a été mise par elle de concert avec les autres parties contractantes, s'il y en a, mais sa reconnaissance ne prouve pas la sincérité de la date ; elle pourra donc l'attaquer en faisant la preuve contraire.

Reste à savoir dans quelle position se trouvent les héritiers et ayants cause à l'égard desquels l'acte fait foi, d'après l'article 1322. On cherche la solution de cette question dans l'article 1322, c'est à l'article 1328 qu'il faut la demander. En effet, l'article 1322 ne parle que de la foi due à la *convention*, comme le dit l'article 1319 auquel renvoie l'article 1322 ; il ne parle pas de la *date ;* or, d'après ce que nous venons de dire, la foi due à la date n'est pas régie par les principes qui régissent la foi due à la convention. Donc il faut laisser de côté l'article 1322 pour s'en tenir à l'article 1328.

Que dit l'article 1328? L'acte sous seing privé n'a de date vraie, sincère à l'égard des *tiers* que dans les trois cas où l'antidate est devenue impossible, d'après la loi. Quels sont ces tiers? Quand on ne consulte que l'article 1328, la réponse n'est pas douteuse ; la loi veut garantir les intérêts et les droits de ceux qui sont restés étrangers à l'acte, qui ne savent pas et ne peuvent pas savoir qu'il a été antidaté. Donc sont tiers tous ceux qui n'ont pas figuré à l'acte. Les héritiers et autres successeurs universels ne sont pas des tiers, parce que, succédant aux droits et obligations des parties, ils figurent par cela même à l'acte. Les successeurs à titre particulier sont-ils des tiers? Oui, parce qu'ils ne figurent à l'acte, ni par eux-mêmes, ni par leur auteur, car ils ne succèdent pas aux droits et obligations de leur auteur. Partant les ayants cause à titre particulier sont des

tiers; ils peuvent, par conséquent, invoquer l'article 1328.

306. Dira-t-on qu'il faut interpréter l'article 1328 par l'article 1322, d'où suivrait que les ayants cause à titre particulier ne seraient pas des tiers? Nous avons répondu d'avance à l'objection. On ne peut pas interpréter l'article 1328 par l'article 1322, parce que l'article 1322 est étranger à la question décidée par l'article 1328. L'article 1328 décide la question de savoir dans quels cas l'acte sous seing privé fait foi de la *sincérité* de sa *date* à l'égard de ceux qui n'y ont pas figuré. L'article 1322 décide la question de savoir si l'acte sous seing privé fait foi de la convention, soit entre les parties, soit implicitement à l'égard des tiers. Peut-on interpréter une disposition par une autre disposition qui lui est étrangère et qui pose un principe différent?

C'est à ces termes que la difficulté peut se réduire. L'article 1328 parle de la *sincérité* de la *date*; l'art. 1322 ne parle pas de la sincérité de l'acte sous seing privé. D'après l'article 1328, la *sincérité* de la *date* est prouvée par les moyens légaux que la loi indique; d'après l'article 1322, l'acte, par lui-même, ne fait jamais foi de sa vérité, pas même entre ceux qui y ont figuré, la preuve contraire est toujours admise. L'article 1328 dit de quelles manières un acte acquiert date certaine, et quand la date est certaine, il n'y a plus de preuve contraire possible; l'article 1322 dit que l'acte fait foi de la convention, mais l'acte n'en certifie point la vérité.

307. On dira que, dans cette interprétation, le mot *ayants cause* de l'article 1322 n'a plus de sens et qu'il doit être effacé. Telle est bien notre pensée. Le mot *ayants cause* se trouve dans les articles qui traitent de la force probante des actes. Dans l'article 1319, il n'a pas de sens, de l'aveu de tout le monde; c'est dire qu'il doit être effacé. Il est certain que l'acte authentique fait la même foi à l'égard des tiers qu'entre les parties, donc la loi n'aurait pas dû parler des ayants cause; partant ce mot est inutile, il pourrait induire en erreur; en réalité, on n'en tient aucun compte, c'est comme si on l'effaçait. Que dit l'article 1322, siége de la difficulté? Il reproduit le prin-

cipe formulé par l'article 1319, et il le fait dans les mêmes termes. Quelle est la force probante de l'acte sous seing privé? L'article 1322 répond qu'il a la même foi que l'acte authentique. A l'égard de qui fait-il foi? La loi répond : entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et *ayants cause*. C'est la même forme et le même principe ; il faut donc dire de l'article 1322 ce que tout le monde dit de l'article 1319, c'est que le mot *ayants cause* y est inutile, il n'y a aucun sens, il doit être effacé. De l'aveu de tous, la loi est mal rédigée. Qu'on formule les principes tels qu'ils étaient enseignés par Dumoulin, tels qu'au témoignage de Jaubert les auteurs du code ont entendu les consacrer, et toute difficulté disparaîtra, il n'y aura plus aucun doute.

Nous laissons de côté les principes qui régissent la force probante des actes en général, pour nous en tenir à la date.

L'acte authentique fait pleine foi de sa date, c'est-à-dire foi jusqu'à inscription de faux. A l'égard de qui? L'article 1319 ne parle pas de la date, il ne parle que de la convention, et on ne peut pas appliquer à la *date* ce que la loi dit ou entend dire de la convention. En effet, l'acte authentique fait foi de la date entre les parties et à l'égard des tiers, ainsi à l'égard de tous et jusqu'à inscription de faux. Donc il n'y a pas à distinguer, comme le fait l'article 1319, entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause et les tiers : il faut dire, en deux mots, que l'acte authentique fait foi de sa date à l'égard de tous et jusqu'à inscription de faux. Dans le principe ainsi formulé, et c'est le vrai principe, le mot *ayants cause* disparaît, le mot *héritiers* disparaît, les mots *parties contractantes* disparaissent; ces mots n'ont pas de raison d'être, ils sont inutiles, ils induisent en erreur.

Quelle est la foi que l'acte sous seing privé fait de sa date? Faut-il appliquer à la date l'assimilation que l'article 1322 fait entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique? Non, nous l'avons démontré et cela ne saurait être contesté. Donc on doit faire abstraction de l'article 1322 quand on veut formuler le principe concernant la foi due

à la date de l'acte sous seing privé; il faut écarter ce que la loi dit, pour s'en tenir à ce qu'elle a voulu dire. Si l'on veut comparer l'acte sous seing privé à l'acte authentique en ce qui concerne la date, il faut dire que l'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date, pas même entre ceux qui l'ont souscrit. En effet, la sincérité de la date ne peut être contestée quand il s'agit d'un acte authentique, sauf par l'inscription en faux. Les parties doivent-elles s'inscrire en faux pour contester la sincérité de la date qu'elles ont mise à l'acte sous seing privé? Non, elles peuvent prouver par toutes les voies de droit que la date n'est pas sincère. Il en est de même de leurs héritiers; l'acte fait foi de sa date à leur égard, puisqu'ils sont censés figurer à l'acte, mais il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. Il en est encore de même des actes signés par le mandataire à l'égard du mandant; ils font foi de leur date contre le mandant parce qu'il est censé figurer dans l'acte, mais seulement jusqu'à preuve contraire. En est-il de même des succeeseurs à titre particulier, acquéreurs, donataires, créanciers hypothécaires? Non, ils ne figurent pas à l'acte souscrit par leur auteur; en ce sens, ils sont tiers à l'acte, et il faut leur appliquer le principe qui régit la force probante des actes sous seing privé à l'égard des tiers. Sur ce point, il y a un texte formel, l'acte sous seing privé n'a pas de date contre les tiers. Qu'est-ce que l'article 1328 entend par tiers? Tous ceux qui n'ont pas figuré à l'acte; donc, avant tout, ceux que l'on appelle les ayants cause des parties, les successeurs à titre particulier, les acquéreurs, donataires, créanciers hypothécaires. Nous disons : avant tout. Car le but de l'article 1328 a été de sauvegarder les droits de ceux qui, n'ayant pas figuré à l'acte, pourraient être lésés si cet acte avait été antidaté.

308. Telle est la théorie du code, très-mal formulée par le texte de la loi, mais incontestable. Si la loi était bien rédigée, le mot *ayants cause* ne se trouverait pas dans l'article 1322, pas plus que dans l'article 1319; la seule distinction à faire est celle des parties qui figurent au contrat, ou sont censées y figurer et ceux qui n'y figurent

pas, ces derniers sont les tiers. L'acte sous seing privé fait foi de sa date à l'égard de ceux qui y figurent, mais seulement jusqu'à preuve contraire; il ne fait aucune foi contre les tiers, c'est-à-dire contre ceux qui n'y ont pas figuré. Dans la vraie théorie du code, le mot *ayants cause* disparaît, il est inutile, il induit en erreur; il a induit en erreur un excellent esprit, Toullier. En combattant le point de départ de Toullier, nous avons renversé toute son argumentation : sa doctrine tombe avec le mot sur lequel elle s'appuie. Le mot *ayants cause* doit être effacé, on n'en doit tenir aucun compte, donc la controverse qui s'est engagée sur ce mot n'a pas de raison d'être. Si ce que nous avons dit est vrai, il n'y a pas lieu de controverser, la discussion est oiseuse, car elle porte sur un mot qui ne devrait pas se trouver dans le code et qui n'y a aucun sens. Cela nous dispense d'entrer dans les détails de la controverse. Il nous faudrait écrire un volume pour redresser les erreurs de Toullier et les erreurs de ceux qui l'ont combattu; et ce volume serait inutile, car il n'ajouterait aucune vérité, il n'éclaircirait aucun principe. Tout ce qui nous reste à faire, c'est de rendre compte des applications que la jurisprudence a faites de l'article 1322 combiné avec l'article 1328. Nous pouvons et nous devons être très-bref dans ce compte rendu, car les questions les plus importantes que Toullier a soulevées et qui ont été décidées par la jurisprudence, ne se présentent plus sous l'empire des lois nouvelles qui ont été portées sur la transcription.

2. APPLICATIONS.

309. Nous avons cité la première application et la plus importante que Toullier fait de son principe. Je vends le 1er janvier 1817, par acte sous seing privé, un fonds à Pierre. Le 1er mars, je vends le même fonds à Paul par acte authentique. Lequel des deux sera propriétaire? Toullier répond : Le premier acquéreur. La question ne se présente plus dans ces termes. D'après notre loi hypothécaire, la vente d'un immeuble ne peut être

opposée aux tiers que *lorsqu'elle* a été transcrite, et la loi n'admet à la transcription que les actes authentiques (art. 1 et 2). Donc, dans l'exemple donné par Toullier, Pierre, premier acquéreur, n'a pas pu devenir propriétaire à l'égard des tiers, car il n'a pas transcrit son acte de vente; et il ne pouvait pas le transcrire, puisqu'il était sous seing privé. Une vente constatée par acte sous seing privé est considérée, à l'égard des tiers, comme n'existant pas. Il en est de même d'après la loi française du 23 mars 1855 (1). Voilà une première question qui vient à tomber, on ne la discute plus, le législateur l'a décidée en introduisant un nouveau principe, celui de la publicité. Nous l'exposerons au titre des *Hypothèques*.

310. Le conflit peut aussi exister entre un acheteur par acte sous seing privé et un donataire. Je vends aujourd'hui par acte sous seing privé un immeuble à Pierre; demain je fais donation de cet immeuble à Paul. Lequel des deux sera propriétaire? La question ne peut plus être posée ainsi sous l'empire de notre loi hypothécaire. La vente faite sous seing privé et, par conséquent, non transcrite n'existe pas à l'égard des tiers; donc le donataire sera propriétaire à condition de transcrire l'acte de donation. Sous l'empire du code, il a été jugé que l'acheteur et le donataire n'étaient pas des ayants cause de leur auteur, qu'ils étaient des tiers dans le sens de l'article 1328; d'où la conséquence que l'acheteur ne pouvait pas opposer son acte de vente au donataire, cet acte n'ayant pas de date certaine contre le tiers (2).

311. Toullier suppose qu'après avoir vendu un immeuble par acte sous seing privé non enregistré, le vendeur l'hypothèque. L'acheteur peut-il opposer son acte de vente au créancier hypothécaire? Oui, dans le système de Toullier, parce que l'acheteur et le créancier hypothécaire sont des ayants cause de leur auteur. Non, dans l'opinion contraire consacrée par la jurisprudence (3). La

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 323, note 2.
(2) Grenoble, 9 mai 1833, et Agen, 27 avril 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3960, 4°).
(3) Toullier, t. IV, 2, p. 262, n° 247. En sens contraire, Aubry et Rau,

question ne peut plus être posée en ces termes, d'après notre loi hypothécaire (1). Tant que l'acte de vente n'est pas transcrit, la vente n'existe pas à l'égard des tiers ; le vendeur reste propriétaire, il peut donc consentir une hypothèque sur l'immeuble quoiqu'il l'ait vendu ; partant cette hypothèque est valable à l'égard de l'acheteur qui n'a pas fait transcrire son titre. Même décision, et par identité de motifs, si le vendeur, après avoir vendu l'immeuble, le grève d'une servitude ou d'un usufruit. Donc la controverse tombe ; le code civil est abrogé en cette matière, ce n'est plus que de l'histoire.

312. La publicité prescrite par notre loi hypothécaire comprend la transcription littérale de toutes les clauses de l'acte, non-seulement de celles qui sont contenues dans l'acte primitif, mais encore des modifications qui y seraient apportées par des actes subséquents. De là suit que les conventions modificatives de celle qui a été rendue publique n'existent à l'égard des tiers qu'après avoir été transcrites. Il a été jugé, sous l'empire du code civil, que la convention qui change l'assiette d'une servitude ne peut être opposée aux tiers acquéreurs du fonds servant si l'acte qui la constate n'a reçu date certaine (2). C'est l'application du principe admis universellement. D'après notre loi hypothécaire, l'enregistrement de l'acte ne suffirait point, l'acte devrait être transcrit et, à défaut de transcription, il ne pourrait être opposé aux tiers.

313. Le cessionnaire d'une créance est-il un tiers dans le sens de l'article 1328, ou est-il un ayant cause dans le sens de l'article 1322? On ne conçoit pas que cette question soit controversée en doctrine et en jurisprudence. M. Larombière dit très-bien que si l'acquéreur d'un immeuble est un tiers à l'égard de ceux qui lui opposent un acte sans date certaine émané du vendeur, on doit, par identité de raison, considérer comme tiers le cessionnaire

t. VI, p. 403, note 104, § 756. Larombière, t. IV, p. 410, n° 9 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 50). Les arrêts sont rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 3967.

(1) Il en est de même d'après la législation française (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3969).

(2) Cassation, 1er décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 124).

d'une créance à qui l'on oppose un acte sous seing privé émané du cédant (1). Qu'importe la nature de la chose aliénée? Les principes changent-ils suivant qu'il s'agit d'un immeuble ou d'une créance? Les textes sont les mêmes, les motifs sont les mêmes, et l'on veut que la décision soit différente! Cela prouve combien il reste d'incertitude sur la force probante de la date après tant de débats.

La jurisprudence confond l'effet des obligations et la force probante des actes. On lit dans un arrêt que le cessionnaire n'est pas un tiers à l'égard du cédant, puisqu'il le *représente* et qu'en cette qualité il ne peut avoir plus de *droits* que n'en avait le cédant (2). S'agit-il, dans l'article 1328, des *droits* du tiers à l'égard de son auteur? Il s'agit de savoir si l'acte signé par le cédant fait foi de sa date à l'égard du cessionnaire. Question de preuve ; et cette question doit être vidée avant que l'on puisse décider quels sont les droits des parties intéressées, car on doit savoir si le cédant a signé l'acte que l'on veut opposer au cessionnaire, avant ou après la cession qu'il a consentie. Dans le procès sur la preuve, il n'est pas question de *droits* : le seul objet du débat est de déterminer le jour où l'acte a été passé, c'est l'article 1328 qui décide la contestation, ce n'est pas l'article 1322.

La cour de Lyon dit que le créancier qui a reçu le payement intégral ou partiel de sa créance ne peut céder que les droits qu'il a (3). Sans doute. De même que le propriétaire ne peut transmettre que les droits qu'il a. Mais pour savoir quels droits il a, il faut que l'on sache, avant tout, à quelle date il a transmis des droits sur sa chose. Avant de discuter les droits, il faut vider la question de preuve et, dans ce débat, c'est l'article 1328 qui décide (4).

Notre loi hypothécaire a aussi dérogé au code civil en

(1) Larombière, t. IV, p. 412, n° 21 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 54).
(2) Bourges, 29 décembre 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3956, 1°).
(3) Lyon, 26 novembre 1823 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3956, 2°).
(4) Voyez, en ce sens, les arrêts cités par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3957

ce qui concerne les cessions de créances (art. 5). Elle soumet à la publicité la cession d'une créance hypothécaire ou privilégiée, ainsi que la subrogation à une créance semblable. On applique donc à la cession des créances privilégiées ou hypothécaires les principes qui régissent la vente des immeubles; ce qui met hors de cause l'article 1328, comme nous venons de le dire pour la vente d'immeubles (n° 309). Nous renvoyons au titre des *Hypothèques* les difficultés auxquelles le nouveau principe donne lieu.

314. Le preneur peut-il opposer son bail à l'acquéreur? Oui, si le bail a date certaine, dit l'article 1743. Cette disposition joue un grand rôle dans les débats sur la date certaine des actes sous seing privé. S'il était vrai, comme le dit Toullier, que les actes sous seing privé ont date certaine entre les ayants cause à titre particulier, il faudrait dire que le preneur, ayant cause du bailleur, peut opposer son bail à l'acquéreur qui est aussi un ayant cause. L'article 1743 dit le contraire. On en conclut, et avec raison, dans l'opinion générale, que l'interprétation donnée par Toullier à l'article 1328 est fausse. Toullier répond à l'objection que l'article 1743 est une exception au principe de l'article 1328. C'est une mauvaise raison donnée à l'appui d'une mauvaise cause; rien dans l'article 1743 n'indique qu'il y soit question d'une exception, ni dans le texte, ni dans les travaux préparatoires, ni dans l'esprit de la loi. Donc il faut dire que l'article 1743 applique la règle de l'article 1328 aux ayants cause à titre particulier; ceux-ci sont, par conséquent, des tiers. Ainsi le texte même du code condamne le système de Toullier (1). Dans l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1328, la question ne peut pas même être posée : tous ceux qui ne figurent pas à l'acte sont des tiers; donc le preneur et l'acquéreur sont des tiers et, par suite, il faut leur appliquer le principe de l'article 1328 sur la foi que les actes sous seing privé font de leur date à l'égard des tiers; c'est ce que fait l'article 1743.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 400, note 97, § 756.

Notre loi hypothécaire a ajouté des dispositions nouvelles dans l'intérêt des tiers. Elle soumet à la transcription les baux excédant neuf années; si ces baux n'ont pas été transcrits, la durée en est réduite conformément à l'article 1429. Sont encore soumis à la transcription les baux contenant quittance d'au moins trois années de loyer; à défaut de transcription, les payements anticipatifs ne peuvent être opposés aux tiers (loi hypot., art. 1er). L'article 1er a pour objet de garantir les intérêts des tiers qui traitent avec un propriétaire dont les biens sont donnés à bail. L'article 45 limite le pouvoir d'administration du débiteur qui a consenti une hypothèque sur ses biens, il peut encore les donner à bail; pourvu que les baux soient contractés de bonne foi, le créancier doit les respecter; mais s'ils sont faits pour plus de neuf ans, la durée en sera réduite conformément à l'article 1429. Nous renvoyons au titre des *Hypothèques* les difficultés que soulèvent ces nouvelles dispositions.

315. Il y a des difficultés spéciales à certaines matières : tels sont le contrat de mariage, le bail, la société. Nous les examinerons en expliquant les titres qui traitent de ces contrats.

III. *Des créanciers.*

316. Les créanciers sont-ils des tiers ou des ayants cause? Nous entendons ici par créanciers ceux que l'on appelle personnels ou chirographaires. Quant aux créanciers qui ont stipulé un droit réel, tels que les créanciers hypothécaires, ils sont incontestablement des tiers. D'ailleurs leurs droits sont réglés et leurs intérêts sont garantis par la loi hypothécaire. C'est au titre des *Hypothèques* que nous exposerons cette matière, c'est là qu'en est le siége, et non dans les articles 1322 et 1328. Quant aux créanciers personnels, de grandes difficultés se sont élevées sur la question de savoir si l'on doit les considérer comme des tiers dans le sens de l'article 1328, ou comme des ayants cause dans le sens de l'article 1322. Dans notre opinion, la décision n'est pas douteuse : les créan-

ciers sont des tiers, puisqu'ils ne figurent pas au contrat qu'on leur oppose; il y a donc danger qu'on l'antidate à leur préjudice; dès lors ils doivent avoir le droit d'opposer, à ceux qui invoquent contre eux une convention qui leur est préjudiciable, que l'acte qui la constate n'a point de date certaine. Nous allons essayer d'appliquer notre principe aux nombreuses difficultés qui se présentent dans l'application.

317. Quand les créanciers sont en conflit entre eux, la doctrine et la jurisprudence les considèrent comme des tiers. Cela n'est pas douteux. Qu'importe qu'ils tiennent leurs droits du même débiteur? Ce n'est pas le droit que chacun d'eux tient du débiteur qui est en cause, c'est là une question d'obligation. Il s'agit uniquement d'une question de preuve : la date qu'un acte porte est-elle véritable? Telle est la seule question qui divise les créanciers. Or, aucun d'eux n'a figuré au contrat, tous sont donc des tiers, les uns à l'égard des autres; il n'y a qu'un moyen de les mettre à l'abri du danger qui les menacerait par la facilité qu'ont les parties contractantes d'antidater leurs actes, c'est d'exiger que ces actes aient date certaine. Nous disons que le principe n'est pas douteux; la loi elle-même l'applique au droit de gage. Le gage donne au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par préférence aux autres créanciers. Comment garantir la masse des créanciers contre le danger des gages antidatés? La loi veut qu'il y ait un acte public ou sous seing privé dûment enregistré contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage. Donc quoique chacun des créanciers soit l'ayant cause du débiteur, ils sont des tiers quand le conflit s'élève entre eux (1).

318. Nous empruntons quelques applications à la jurisprudence. Un arrêt de la cour de Riom semble poser le principe en toutes lettres; on y lit : « S'il est vrai que le créancier peut devenir l'ayant cause de son débiteur, c'est uniquement lorsque, pour l'exercice d'un droit, il est

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 405, § 756.

obligé d'agir au nom et en la qualité de ce dernier; mais il est un véritable tiers lorsque, agissant de créancier à créancier et en vertu de son titre personnel, il se borne à repousser celui qui n'a pas de titre, ou qui a un titre incomplet ou inefficace. » En réalité, cet arrêt est étranger à la question de date; il s'agissait de savoir si les créanciers d'un failli ou les syndics en leur nom pouvaient opposer la nullité d'une cession de créance consentie par le failli, le cessionnaire n'ayant pas notifié le transport, comme le prescrit l'article 1690. Les créanciers avaient incontestablement le droit d'opposer au cessionnaire le défaut de notification du transport; mais ce n'était pas une question de date certaine, puisque l'article 1690 ne se contente pas de la certitude de la date, il veut un acte authentique de notification ou d'acceptation (1). Nous faisons cette remarque parce qu'il importe de ne pas confondre des matières d'une nature diverse; la jurisprudence est un auxiliaire précieux de notre science, mais à une condition, c'est que l'on ne fasse pas dire aux arrêts ce qu'ils ne disent point.

319. Sous l'empire du code civil, les jugements emportaient hypothèque au profit du créancier, même les jugements par défaut, à condition d'être exécutés dans les six mois. Comment cette exécution sera-t-elle prouvée? D'après les règles du droit commun, donc par des écrits ayant date certaine à l'égard des autres créanciers. Dans une espèce jugée par la cour de Bruxelles, le créancier produisait des écrits constatant que la partie condamnée avait payé les frais dans les six mois, et même acquiescé formellement au jugement, mais aucun de ces écrits n'avait date certaine. Le demandeur prétendait qu'ils faisaient foi de leur date entre les ayants cause et que tous les créanciers étaient les ayants cause de leur débiteur. Cette prétention a été repoussée par la cour de Bruxelles et, sur pourvoi, par la cour de cassation. La cour d'appel se

(1) Riom, 8 mars 1845 (Dalloz 1845, 2, 65). On cite encore d'autres arrêts qui sont également étrangers à la question de date. Nancy, 30 mai 1843 (Dalloz, au mot *Hypothèques*, n° 1192, 3°); Rejet, 18 juillet 1848 (Dalloz, 1848, I, 177).

borne à dire que si l'on considérait comme ayants cause tous ceux qui tiennent leur droit du débiteur, on tomberait précisément dans les inconvénients que la loi a eu pour but d'éviter. Elle invoque donc l'esprit de la loi, argumentation dangereuse, alors que le texte paraît formel; l'article 1322 met les *ayants cause* sur la même ligne que les parties et leurs héritiers; si cet article s'applique à la date, tout est décidé; y eût-il des inconvénients, y eût-il des abus à craindre, cela regarde le législateur, dit Toullier, cela ne regarde pas l'interprète, et Toullier a raison. La cour de cassation motive sa décision avec beaucoup de soin, mais son argumentation est pénible, elle est visiblement embarrassée pour prouver que l'article 1328 doit recevoir son application, alors que l'article 1322 semble décider la question. Elle commence par définir l'ayant cause : c'est celui, dit-elle, qui tient d'une personne, ou qui puise, dans un acte qui ne faisait titre qu'à l'égard de cette personne, un droit qu'il n'aurait pu exercer de son propre chef. La définition est obscure et ne décide rien, puisqu'elle n'est pas empruntée à la loi. Puis la cour se demande si les créanciers qui opposent la péremption du jugement, faute d'exécution dans les six mois, agissent comme ayants cause du débiteur? Elle répond, non : c'est dans leur intérêt personnel, en vertu d'une disposition de la loi et en usant d'un droit qui leur est propre, que les défendeurs excipent de la péremption. Les défendeurs n'étant pas des ayants cause sont par cela même des tiers, et partant ils peuvent se prévaloir de l'article 1328 (1). La décision est bonne, mais elle ne répond pas au texte de l'article 1322, car les créanciers sont certainement des ayants cause en ce sens qu'ils tirent leur droit du débiteur; il faut donc admettre qu'ils sont tout ensemble ayants cause et tiers; c'est ce que l'on dit, en effet, dans l'opinion générale; mais cette double qualité dans une seule personne, au lieu de simplifier la difficulté, ne fait que l'augmenter.

(1) Bruxelles, 13 août 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 323). Rejet, 8 novembre 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 206).

320. Un créancier se présente à l'ordre ouvert sur le débiteur comme ayant payé, en qualité de caution, une somme de 15,000 fr., et se prétend, en conséquence, légalement subrogé aux droits du créancier qu'il a désintéressé. Le cautionnement était écrit à la suite du double de l'acte qui constatait la dette principale; il n'avait pas date certaine; les autres créanciers en conclurent que cet acte ne pouvait leur être opposé. Etaient-ils des tiers ou des ayants cause? La cour de Lyon ne discute pas même la question, elle applique l'article 1328 (1). Nous croyons qu'elle a bien jugé, mais un arrêt qui n'est pas motivé ne peut pas faire autorité.

321. La femme a une hypothèque légale sur les biens de son mari pour la garantie des créances qu'elle acquiert contre lui pendant la durée du mariage. Sous l'empire du code civil, cette hypothèque était dispensée de l'inscription; on décidait qu'elle prenait rang à partir du jour où les actes sous seing privé qui constataient la créance avaient acquis date certaine (2). Cette question disparaît, d'après notre loi hypothécaire, puisque l'hypothèque légale de la femme doit être inscrite et n'a rang qu'à partir de l'inscription.

322. L'on admet encore, en doctrine et en jurisprudence, que les créanciers sont des tiers quand ils agissent contre le débiteur (3). Cela n'empêche cependant pas qu'en leur qualité de créanciers ils ne soient des ayants cause, de sorte que l'antinomie entre l'article 1322 et l'article 1328 reparaît, si l'on interprète l'article 1322 en ce sens qu'il assure date certaine aux actes entre les ayants cause. A notre avis, il n'y a qu'un moyen de repousser l'article 1319, c'est de dire, comme nous l'avons fait, qu'il est étranger à la date et que le mot *ayant cause* doit être effacé. Dans l'espèce, il serait absurde de considérer les créanciers comme des ayants cause à l'égard

(1) Lyon, 13 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 218). Aubry et Rau, t. IV, 405 et suiv., § 756.

(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, nos 3996 et 3997).

(3) Aubry et Rau, t VI, p. 404, § 756. Bordeaux, 22 décembre 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3975).

desquels les actes souscrits par le débiteur auraient date certaine. Le conflit existe entre le créancier et son débiteur, et l'on veut que ce débiteur représente le créancier, c'est-à-dire que le débiteur ait la latitude de léser ses créanciers et de leur enlever, par des actes qu'il antidaterait, les droits qu'il leur a concédés! Dans notre opinion, la question ne peut pas même être posée. Les créanciers sont des tiers, parce qu'ils ne sont pas représentés par leur débiteur; ce qui est de toute évidence quand le créancier agit contre le débiteur; c'est une preuve que leurs droits sont contraires; et comment veut-on que le débiteur qui a des intérêts contraires a ceux de ses créanciers représente néanmoins ceux qu'il dépouille?

Cependant l'application du principe soulève une question très-controversée. Les créanciers peuvent attaquer les actes que leur débiteur fait en fraude de leurs droits; mais les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux ont seuls ce droit. De là la question de savoir si les créances de ceux qui intentent l'action paulienne doivent avoir date certaine conformément à l'article 1328. La doctrine et la jurisprudene sont très-confuses : n'est-ce pas une nouvelle preuve que l'interprétation donnée, dans l'opinion générale, aux articles 1328 et 1322 est insuffisante? Nous avons examiné la question en traitant de l'action paulienne (1).

323. Les créanciers sont-ils des tiers quand ils saisissent les biens de leur débiteur? Oui, et de l'aveu de tous; voilà le seul point sur lequel tout le monde soit d'accord. Toullier lui-même, infidele à son principe absolu, reconnaît que le créancier n'est point l'ayant cause de son débiteur relativement aux biens saisis. Pour échapper au reproche de contradiction, il motive son opinion de manière à éluder l'application de l'article 1322. La créance, dit-il, ne donne au créancier qu'un droit sur la personne du débiteur; il tient de la loi celui qu'il exerce sur ses biens (2). C'est dire que le créancier saisissant est

(1) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 534, n° 461.

(2) Toullier, t. IV, 2, p. 254, n° 252. Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 404, note 166, § 756.

l'ayant cause, non du débiteur, mais de la loi. Est-il nécessaire de combattre une pareille argumentation? Sommes-nous encore au temps des Douze Tables, et le débiteur engage-t-il encore sa personne en ce sens qu'il engage son corps, que les créanciers peuvent à la rigueur se partager? Est-ce que la loi ne dit pas que celui qui engage sa personne engage ses biens? Donc le véritable engagement a pour objet les biens; l'engagement personnel n'est utile que parce qu'il donne une action sur les biens. C'est donc du débiteur que le créancier tient son droit de saisir les biens; partant s'il les saisit, il est son ayant cause et, logiquement, Toullier aurait dû décider que l'article 1328 ne peut pas être invoqué par le créancier saisissant. Toullier a reculé devant cette conséquence; il a abandonné son système. Ainsi l'article 1322, interprété comme on le fait en ce sens qu'il assure date certaine à l'acte entre les ayants cause, est répudié tout ensemble par ceux qui l'appliquent aux ayants cause à titre particulier, et par ceux qui refusent de l'appliquer à ces ayants cause et qui les transforment en tiers. Voilà, nous semble-t-il, la meilleure confirmation de notre doctrine : il faut laisser là l'article 1322; il n'est pas vrai qu'il assure une date certaine à l'acte entre les ayants cause, donc il faut l'écarter d'un débat où il s'agit de prouver quand et à l'égard de qui l'acte fait foi de sa date.

Constatons encore que Pothier considère aussi comme des tiers les créanciers saisissants (1). Ainsi la tradition est d'accord avec le sens que nous donnons aux articles 1322 et 1328 (2). L'acte sous seing privé n'a de date certaine à l'égard de personne; ceux qui n'y figurent pas peuvent le repousser par cela seul qu'il n'a pas acquis date certaine conformément à l'article 1328, et ceux qui y figurent peuvent établir la non-sincérité de la date par la preuve contraire.

324. L'accord des interprètes cesse quand il s'agit de la saisie-arrêt. Au premier abord, on s'étonne de cette

(1) Pothier, *Obligations*, n° 749.
(2) Comparez Rouen, 22 juin 1872 (Dalloz, 1874, 2, 38).

divergence d'opinions. La saisie-arrêt n'est-elle pas une saisie des biens du débiteur, de même que la saisie-exécution? Il n'y a que cette différence que le créancier saisit les biens qui appartiennent à son débiteur entre les mains des tiers, au lieu de les saisir entre les mains du débiteur lui-même. Mais le droit en vertu duquel il saisit est toujours le même, c'est le droit de gage que le créancier a sur les biens du débiteur : qui oblige sa personne oblige ses biens. Cela est décisif (1).

L'opinion contraire est généralement admise. La jurisprudence française est unanime à décider que le créancier qui saisit-arrête une créance de son débiteur est son ayant cause et que, par suite, les actes sous seing privé reconnus par le débiteur peuvent être opposés au créancier saisissant. Les auteurs et les arrêts, quand ils sont motivés, ne donnent qu'un seul motif, c'est que les créanciers qui pratiquent une saisie-arrêt exercent les droits de leur débiteur. Cette raison de décider n'est-elle pas une équivoque? Sans doute, les créanciers saisissants exercent un droit de leur débiteur; le principe de leur action se trouve dans l'article 1166, aux termes duquel les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur; donc ce sont les droits du débiteur que les créanciers exercent en saisissant une créance qui lui appartient. Est-ce à dire qu'ils soient ses ayants cause? Oui, ils le sont, mais l'acte sous seing privé qu'on leur oppose fait-il foi de sa date à leur égard parce qu'ils sont des ayants cause? Dans l'interprétation que nous donnons à l'article 1322, la réponse est faite d'avance et elle est négative. Elle devrait être négative aussi dans l'opinion générale. Une fois que l'on admet que les créanciers sont des tiers quand ils saisissent les biens de leur débiteur, il faut être conséquent et admettre aussi que les créanciers sont des tiers quand ils saisissent une créance appartenant à leur débiteur (2). On dit qu'en saisissant une

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 404, note 18, § 756. Larombière, t. IV, p. 424, n° 22 de l'article 1328 (Ed. B., t. III. p. 55). Bruxelles, 31 décembre 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 521) et 20 février 1841 (*ibid.*, 1842, 2, 71).

(2) Duranton, t. XIII, p. 136, n° 133. Toulouse, 7 décembre 1838 (Dalloz,

créance les créanciers exercent les droits de leur débiteur, ce qui est très-vrai. Mais il est vrai aussi qu'ils exercent les droits de leur débiteur en saisissant les meubles et les immeubles qu'ils trouvent en sa possession; ils devraient donc être des ayants cause dans tous les cas où ils saisissent. L'inconséquence est évidente. Nous disons qu'elle repose sur une équivoque. Les créanciers saisissent en vertu du principe de l'article 1166. Mais ce principe, quel est son fondement? C'est le principe plus général des articles 2092 et 2093 : les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. Sont-ils moins leur gage quand ils se trouvent dans les mains d'un tiers que lorsqu'ils sont en sa possession? Telle est la vraie question, et c'est certes une de celles qu'il suffit de poser pour les résoudre.

325. Dans l'interprétation que l'on donne généralement aux articles 1322 et 1328, on admet que les créanciers sont tantôt des tiers, tantôt des ayants cause. Nous venons de dire quand ils sont des tiers. On enseigne qu'ils sont des ayants cause, c'est-à-dire que les actes sous seing privé font foi de leur date à leur égard, lorsqu'ils agissent, non en leur nom personnel, mais au nom de leur débiteur et que les droits qu'ils font valoir sont ceux de leur débiteur(1). Cela veut dire que, dans ces cas, les actes sous seing privé font foi de leur date à l'égard des créanciers comme s'ils étaient enregistrés, en d'autres termes, que les actes sous seing privé ont date certaine contre eux. Si c'est ainsi qu'on l'entend, car les auteurs ne s'expliquent pas très-clairement, nous contestons la vérité de la proposition. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a des cas où les créanciers sont représentés dans un contrat fait par leur débiteur, en ce sens qu'ils sont censés y figurer; ils ne sont pas tiers quant à ce contrat, ce qui rend l'article 1328 inapplicable. Est-ce à dire que l'acte

au mot *Obligations*, n° 3983), et 5 juin 1840 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 336, 3°). Aix, 8 janvier 1841, et Rejet, 8 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Office*, n° 280, 1°). Cassation, 14 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 336, 1°, non motivé).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 403, § 756.

fait foi de sa date à leur égard comme ayants cause de leur débiteur et que cette foi est la même que si l'acte avait été enregistré, de sorte que la date de l'acte serait certaine? Non; dans notre opinion, l'acte sous seing privé n'a de date certaine, inattaquable que dans les cas prévus par l'article 1328. Hors ces cas, la date n'est pas certaine, même entre les parties, en ce sens que sa sincérité peut être attaquée par les parties; à plus forte raison peut-elle l'être par ceux que l'on appelle les ayants cause des parties, notamment par les créanciers. C'est ce que nous allons prouver en examinant les divers cas dans lesquels les créanciers sont considérés comme ayants cause dans l'opinion commune.

326. Les créanciers demandent le partage d'une succession au nom de leur débiteur; ils ne sont pas des tiers dans ce cas, ils sont les ayants cause du débiteur. C'est ce que la cour de cassation a jugé dans l'espèce suivante. Des frères intentent une action en partage de la succession maternelle contre leur sœur. Un créancier intervient dans l'instance et demande qu'il soit procédé avant tout au partage de la communauté qui avait existé entre les père et mère des enfants et au partage de la succession du père. A ces conclusions les frères opposent un acte sous seing privé contenant le partage. Question de savoir si cet acte fait foi de la date contre le créancier. Le créancier avait agi au nom de la fille héritière de ses parents, c'est en cette qualité qu'il avait conclu à la liquidation de la communauté qui avait existé entre les auteurs de sa débitrice et au partage de la succession paternelle; son action était donc fondée sur l'article 1166, il exerçait les droits de sa débitrice. Devenant ainsi l'ayant cause de la fille héritière de ses père et mère, le créancier devait subir les exceptions qui auraient pu être opposées à la débitrice si elle avait intenté personnellement l'action qui lui appartenait. De là suit, dit l'arrêt, que l'acte sous seing privé, opérant partage et signé par la fille héritière, faisait foi de son *contenu* et de sa *date* de la même manière qu'il aurait fait foi à l'égard de la fille héritière qui l'avait signé. Nous négligeons d'autres difficultés qui se

présentaient dans cette affaire afin de poser la question dans toute sa simplicité.

Nous admettons avec la cour de cassation que, dans l'espèce, le créancier n'était pas un tiers ; il agissait au nom de son débiteur, il n'avait d'autre droit que celui-ci; c'est comme si la fille héritière avait demandé le partage de la communauté et de la succession paternelle. On peut donc dire que le créancier avait été représenté par le débiteur au nom duquel il agissait dans l'acte de partage que le débiteur avait souscrit. Quelle en sera la conséquence en ce qui concerne la force probante de l'acte signé par le débiteur dont le créancier exerçait les droits? La cour répond qu'il faisait foi de son *contenu* et de sa *date* contre le créancier (1). L'article 1322, cité par la cour, ne parle pas de la date; il dit en termes généraux que l'acte sous seing privé reconnu a entre les parties et leurs ayants cause la même foi que l'acte authentique; et l'article 1319, auquel l'article 1322 renvoie, dit que l'acte authentique fait *pleine foi* de la *convention* qu'il renferme. Nous avons expliqué ces dispositions très-mal rédigées, et voici la conclusion à laquelle nous sommes arrivé. A la différence de la date dans l'acte authentique, la date de l'acte sous seing privé est une déclaration émanée des parties; comme toute déclaration, celle de la date ne fait foi de sa sincérité que jusqu'à preuve contraire. La cour s'exprime donc dans des termes trop absolus en disant que l'acte de partage *faisait foi de son contenu et de sa date* contre le créancier. Cela semble dire que l'acte a date certaine contre le créancier, ayant cause du débiteur, comme il a date certaine contre les tiers par l'enregistrement. Si telle est la pensée de la cour, son erreur est évidente, car l'acte sous seing privé ne fait jamais pleine foi, ni de la convention, ni de la date, en ce qui concerne la vérité des déclarations qu'il contient, soit quant aux conventions, soit quant à la date, il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire; donc la date n'est pas certaine, elle peut être attaquée. C'est une différence considérable entre la foi qui

(1) Rejet, 23 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 1, 497

résulte de l'article 1328 et la foi qui résulte de l'art. 1322. Quand l'acte est enregistré, il fait foi de la sincérité de sa date d'une manière absolue; la date résultant de l'enregistrement ne peut pas être attaquée par la preuve contraire. Quand l'acte est signé par les parties, il fait foi de sa date entre elles et entre leurs ayants cause, à titre de déclaration; donc jusqu'à preuve contraire seulement en ce qui concerne la sincérité de la date. De là suit que, dans l'espèce, le créancier aurait pu combattre la sincérité de la date, et il aurait pu le faire par témoins et par présomptions, puisqu'il avait été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de la date véritable, sa créance étant postérieure au partage dont il contestait la date.

327. Le créancier qui intervient dans un partage est-il toujours l'ayant cause de son débiteur? Non, à notre avis; dans l'affaire que nous venons de rapporter, le créancier était intervenu au partage de la succession maternelle et avait conclu au partage de la succession paternelle; il était donc, de ce dernier chef, demandeur en partage et, comme tel, il exerçait purement et simplement les droits de son débiteur. Mais s'il s'était borné à intervenir sans demander le partage, il n'aurait plus été le représentant de son débiteur, car celui-ci figurait dans l'instance; le créancier y aurait figuré en son nom personnel pour sauvegarder ses intérêts et veiller à ce que le partage ne se fît point en fraude de ses droits. Le créancier intervenant est donc un tiers et, comme tel, il aurait le droit de contester la date des actes qui pourraient lui porter préjudice, s'ils n'ont pas de date certaine conformément à l'article 1328. A plus forte raison, le créancier est-il un tiers quand il attaque le partage fait en fraude de ses droits; on applique alors le droit commun, en vertu duquel le créancier qui attaque un acte fait par son débiteur est un tiers. La conséquence en est qu'il peut invoquer l'article 1328 et repousser les actes qu'on lui oppose quand ils n'ont pas date certaine d'après cet article (1).

(1) Comparez Rejet, chambre civile, 14 novembre 1853 (Dalloz, 1853, 1, 325).

328. Quand les créanciers sont-ils des tiers, quand sont-ils des ayants cause? La cour de Bordeaux a formulé le principe en ces termes : « Si les créanciers puisent leur droit dans leurs propres titres, alors ils sont des tiers, et les actes sous seing privé qui n'ont pas de date certaine ne peuvent pas leur être opposés. Lorsque, au contraire, les créanciers ne puisent pas leur droit dans leurs propres titres, mais dans les titres de leur débiteur, alors ils sont ses ayants cause et sont *liés* par les actes sous seing privé qu'il a souscrits, quoique ces actes n'aient pas de date certaine (1). » On ne peut faire un pas dans cette difficile matière sans rencontrer des erreurs ou des expressions inexactes. Peut-on dire d'un créancier qu'il est *lié* par l'acte que son débiteur a signé? On dit d'une personne qu'elle est *liée* quand elle est *obligée;* or, nous ne sommes obligés que par notre consentement, ou comme héritiers du débiteur. Le créancier n'est donc jamais obligé par l'acte que son débiteur a signé, mais cet acte fait foi de sa date contre lui, ou ne fait pas foi de sa date selon qu'il y a été ou non représenté. Encore est-ce aller trop loin que de dire en termes absolus qu'un acte sous seing privé fait foi de sa date à l'égard du créancier quand il est ayant cause du débiteur; il faudrait se contenter de dire que l'acte sous seing privé fait la même foi contre le créancier que contre le débiteur. Cela même est trop absolu : l'acte fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire; or, cette preuve diffère selon qu'elle est faite par la partie qui a signé ou par un créancier. La partie qui a signé l'acte ne peut en attaquer la date par témoins, puisque ce serait prouver contre l'acte, ce que l'article 1341 défend; tandis que le créancier peut se prévaloir du principe établi par l'article 1348; étant dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, il est admis à prouver l'antidate par témoins et par présomptions.

Le principe même, tel qu'il est formulé par la cour de Bordeaux, est contestable. Elle dit que le créancier qui puise son droit dans son titre est un tiers. Or, le créancier

(1) Bordeaux, 5 juin 1847 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3973, 2°).

puise toujours son droit dans son titre, alors même qu'il agit comme ayant cause. Ainsi s'il provoque le partage, il exerce, à la vérité, un droit de son débiteur, mais il l'exerce en vertu d'un droit qui lui est propre, puisque tous les biens et, par conséquent, tous les droits de son débiteur forment son gage. Il vaut donc mieux s'en tenir au principe tel que nous l'avons énoncé : le créancier est, en général, un tiers, parce qu'il ne figure pas à l'acte; cet acte pouvant être facilement antidaté à son préjudice, la loi ne veut pas qu'on le lui oppose, à moins que la date n'en soit certaine. Mais le créancier n'est plus un tiers quand il est censé figurer à l'acte où figure son débiteur; ce qui a lieu lorsque le créancier n'a d'autre droit que le débiteur, de sorte que les deux personnes n'en font qu'une. Toutefois cette identité n'est pas complète, pas même à l'égard de l'héritier, bien moins encore à l'égard de l'ayant cause; l'acte ne fait donc pleine foi ni contre l'héritier ni contre l'ayant cause; ils peuvent attaquer la date par la preuve contraire, et cette preuve, quant à eux, peut se faire par témoins et par présomptions.

329. Tels sont les vrais principes, à notre avis. La jurisprudence manque d'un principe certain. De là ses hésitations et ses inconséquences. Il a été jugé que les créanciers qui contredisent dans un ordre, au nom de leur débiteur, exercent ses droits et sont ses ayants cause (1). On peut comparer les créanciers, dans ce cas, à des successeurs universels; ils sont une seule et même personne avec leur débiteur; leurs intérêts sont les mêmes, c'est le débiteur qui agit par leur intermédiaire. Est-ce à dire que l'acte signé par le débiteur ait date certaine à leur égard? Non, et cela par une raison décisive, c'est que l'acte sous seing privé n'a pas même date certaine à l'égard de celui qui le signe; il peut attaquer la sincérité de la date par la preuve contraire; à plus forte raison ses créanciers sont-ils admis à prouver que l'acte a été antidaté. On ne peut pas même dire que l'acte fait foi de

(1) Bruxelles, 19 juillet 1831, chambre de cassation (*Pasicrisie*, 1831, p. 210).

sa date à l'égard des ayants cause, comme il fait foi à l'égard des parties : celles-ci ne peuvent prouver l'antidate par témoins et par présomptions, tandis que les créanciers sont admis à faire preuve de l'antidate par toute espèce de preuve. C'est le droit commun tel que nous l'exposerons en traitant de la preuve testimoniale.

330. Les créanciers d'une faillite sont-ils les ayants cause du failli? Il a été jugé que les créanciers continuent la personne du failli, qu'ils se mettent en son lieu et place et exercent ses actions en vertu de l'article 1166 (1). On en conclut que les actes sous seing privé faits par le failli avant l'ouverture de la faillite sont opposables aux créanciers, bien qu'ils n'aient pas acquis date certaine avant la faillite: tels sont non-seulement les actes d'administration, mais encore les aliénations de choses mobilières ou immobilières (2).

Cette doctrine nous paraît beaucoup trop absolue. Est-il vrai que les créanciers *continuent la personne* du failli? On devrait éviter de se servir d'expressions qui se rattachent à un tout autre ordre d'idées. Les créanciers ne peuvent jamais être comparés à des héritiers, qui seuls *continuent la personne* du défunt. Les héritiers succèdent aux droits de leur auteur et sont tenus de ses obligations; c'est pour cela que les actes du défunt font la même foi à leur égard qu'à l'égard de leur auteur. Il est bien évident qu'on ne peut pas dire la même chose des créanciers; ils sont successeurs à titre particulier, on ne peut donc pas dire qu'ils continuent la personne de leur débiteur. Il est vrai que si le débiteur tombe en faillite, il est dessaisi de l'administration de ses biens; c'est cette administration qui passe dans les mains des créanciers ou des syndics qui représentent la masse. Mais ils ne prennent l'administration qu'à partir de l'ouverture de la faillite. Quant aux actes antérieurs, leurs rapports avec le failli sont ceux de tout créancier avec son débiteur. De ce qu'ils exercent tous les droits du débiteur failli, est-ce à dire

(1) Bruxelles, 14 août 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 17).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 403, et note 13, § 756, et les autorités qui y sont citées.

qu'ils aient été représentés par lui dans les actes que le failli a faits avant l'ouverture de la faillite? Non, certes; l'article 1166 ne reçoit d'application que lorsque les créanciers exercent un droit au nom du failli; encore faut-il faire des restrictions résultant du droit commun. Quand les syndics liquident la faillite, qu'ils aliènent les biens du failli, qu'ils saisissent dans les mains des tiers ce qui lui est dû, ils n'agissent pas au nom du débiteur et n'exercent pas plus ses droits que des créanciers qui saisissent les biens de leur débiteur. La faillite n'est autre chose, comme on l'a dit, qu'une saisie en masse des biens du débiteur qui cesse ses payements (1); or, les créanciers saisissants sont des tiers, donc les créanciers du failli sont aussi des tiers. Il y a plus. Quand on dit des créanciers qu'ils sont ayants cause de leur débiteur, on suppose que les droits et les intérêts du débiteur et de ses créanciers sont identiques. Peut-on en dire autant des créanciers du failli? C'est contre le débiteur que les créanciers provoquent la déclaration de faillite; il en résulte toujours un conflit entre le failli et ses créanciers; donc si jamais les antidates sont à redouter, c'est quand un débiteur a été constitué en faillite : c'est dire qu'il faut s'en tenir strictement à l'article 1328. La règle sera que les créanciers sont des tiers; par exception, ils seront des ayants cause quand ils exerceront un droit au nom de leur débiteur et quand, par suite, leur intérêt se confondra avec le sien. Et, dans cette hypothèse même, on doit se garder de dire que l'acte signé par le failli a date certaine à leur égard. Ici encore il faut maintenir le droit commun et, par conséquent, les créanciers pourront prouver l'antidate par toute voie légale, au besoin par présomptions.

331. La jurisprudence est d'une confusion extrême en cette matière (2); comme elle concerne le droit commercial, il ne nous appartient pas de la critiquer en détail. Nous citerons quelques décisions qui se rapprochent de notre opinion. On lit dans un arrêt de la cour de cas-

(1) Troplong, *De la vente*, n° 961; Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3992.
(2) Voyez les arrêts en sens divers rapportés par Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 3987 3992.

sation : « Si les créanciers d'un failli sont, sous certains rapports, les ayants cause du failli comme *substitués à ses droits* et pouvant seuls les exercer, ils n'en sont pas moins des tiers lorsqu'ils agissent pour défendre le gage commun des créanciers et pour faire rentrer dans l'actif les valeurs qu'on en aurait fait sortir. » Dans l'espèce, il n'y avait guère de doute. Les cohéritiers du failli se prévalaient d'un acte de cautionnement souscrit par le défunt, acte en vertu duquel ils avaient acquitté une dette du failli, et ils en réclamaient le remboursement intégral par voie de rapport du failli en moins prenant sur les biens de la succession ; il en serait résulté que les cohéritiers auraient été payés de toute leur créance au préjudice des autres créanciers du failli, ce qui aurait constitué en leur faveur un droit de préférence. Il s'agissait donc de régler les droits des créanciers entre eux ; or, entre eux les créanciers sont des tiers : c'est le droit commun (n° 321), et il faut le maintenir en matière de faillite (1).

La cour de Colmar a appliqué le même principe au cas d'une cession de créance consentie par le débiteur failli, sans date certaine antérieure à la cessation de ses payements. On objectait aux syndics qui attaquaient la cession que les créanciers, étant les ayants cause du failli, continuaient sa personne ; que, par suite, la cession avait date certaine à leur égard, et comme elle était antérieure aux dix jours qui précédaient la cessation de payements, ils étaient sans qualité pour la quereller. La cour de Colmar répond que les créanciers sont les continuateurs forcés de la personne du failli ; n'étant appelés à s'immiscer dans les affaires du failli que pour défendre leurs propres intérêts, ils doivent avoir le droit de rechercher la sincérité des actes consentis par leur débiteur (2). La cour aurait dû dire que la cession ne pouvait être opposée aux créanciers, parce qu'elle n'avait point date certaine. Elle pouvait ajouter qu'alors même que l'on con-

(1) Rejet, 29 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 102).
(2) Colmar, 17 juillet 1845 (Dalloz, 1846, 2, 204).

sidérerait les créanciers comme des ayants cause du failli, les actes signés par celui-ci n'avaient pas date *certaine* à leur égard, qu'ils ne faisaient foi de la sincérité de leur date que jusqu'à preuve contraire, ce qui permettait aux syndics, dans toute hypothèse, de contester la sincérité de la date que portait la cession.

IV. *Des quittances.*

332. L'article 1328 dit que les *actes* sous seing privé n'ont de date contre les tiers que dans les trois cas qu'il énumère. Cette disposition s'applique-t-elle aux quittances? Pour qui ne connaîtrait que la loi, la question serait étrange. Est-ce qu'une *quittance* n'est pas un *acte?* Donc elle tombe sous l'application de l'article 1328, qui parle en termes généraux des *actes sous seing privé.* Y a-t-il une exception à cette règle dans la loi? On la chercherait vainement. Donc l'article 1328 doit recevoir son application aux quittances, car il n'y a pas d'exception sans loi.

Toutefois cette exception est admise par la doctrine et par la jurisprudence; on ne discute que sur les limites et les conditions de l'exception. Les éditeurs de Zachariæ résument l'opinion générale dans les termes suivants. Un créancier cède sa créance; le débiteur peut-il opposer au cessionnaire les quittances que le créancier lui a données, quoiqu'elles n'aient point de date certaine antérieure à la signification de la cession ou à l'acceptation qui en est faite par acte authentique? MM. Aubry et Rau répondent que le principe, dans toute sa rigueur, devrait être appliqué aux quittances; le cessionnaire est un tiers, donc on ne peut lui opposer les actes sous seing privé qui n'ont point date certaine. « Mais cette conséquence *semble devoir* être tempérée dans la pratique, en ce sens que les tribunaux peuvent, *eu égard aux circonstances de la cause*, admettre les quittances sous seing privé comme établissant suffisamment la libération du débiteur. Ce *tempérament d'équité* devrait surtout être admis, s'il s'agissait de quittances d'intérêts, de loyers ou de fer-

mages, opposées au cessionnaire du capital ou à l'acquéreur des immeubles loués (1). »

On n'a qu'à lire cette formule embarrassée pour se convaincre que la doctrine a transigé avec les nécessités de la pratique. Qu'est-ce que cela veut dire qu'une conséquence juridique d'un principe établi par la loi *semble devoir être tempérée?* Qui donne à l'interprète le droit de *tempérer* l'application de la loi, c'est-à-dire d'y déroger? On a essayé de justifier cette dérogation, mais par de si mauvaises raisons que mieux vaudrait avouer que le droit plie devant les faits. Le seul motif qui ait une apparence juridique, c'est que l'ancienne jurisprudence admettait une exception pour les quittances, et les auteurs du code, dit-on, ne l'auraient pas supprimée sans en faire la remarque; or, il n'y a aucune trace, dans les travaux préparatoires, de l'intention d'apporter une modification à l'ancien droit (2). L'argumentation aurait quelque valeur si l'article 1328 était emprunté à l'ancienne législation et si le législateur qui a établi la règle y avait admis une exception tacite pour les quittances. Mais l'article 1328 est une innovation, en ce sens qu'il n'y avait pas de règle légale avant le code; la jurisprudence n'avait pas et ne pouvait avoir la rigueur qu'a un texte de loi aussi absolu que celui de l'article 1328. La tradition n'a donc aucune autorité en cette matière, c'est l'article 1328 qui seul est le siége du débat.

La véritable raison, dit M. Larombière, qui autorise le débiteur cédé à opposer au cessionnaire des quittances sans date certaine, se trouve dans l'article 1240, aux termes duquel le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable. Or, le débiteur qui paye entre les mains de son créancier fait plus que payer entre les mains du possesseur de la créance, puisqu'il paye entre les mains de celui qui en est propriétaire (3). C'est une mauvaise raison à l'appui d'une mau-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 402 et suiv. et notes 100-102, § 756.
(2) Marcadé, t. V, p. 61 et note 1 (nº V de l'article 1328).
(3) Larombière, t. IV, p. 427, nº 23 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 55).

vaise cause. S'agit-il de la *validité* du payement que le débiteur fait au cédant? Non, il s'agit de la *preuve* du payement. On confond donc l'*effet* du *payement* avec la *date certaine* de la *quittance*. L'erreur est si évidente qu'il est inutile d'y insister.

Il n'est pas d'usage de faire enregistrer les quittances, dit-on, parce que le plus souvent cet enregistrement serait inutile et occasionnerait, par conséquent, une perte de temps et d'argent. Il y a, sous ce rapport, une différence entre les quittances et les autres actes sous seing privé. Quand (sous l'empire du code) j'acquiers un droit réel par acte sous seing privé, la prudence exige que je le fasse enregistrer, puisque, de sa nature, ce droit est opposable aux tiers, et pour que je puisse l'opposer, il faut que mon acte ait date certaine; tandis qu'en payant ma dette, je l'éteins, et l'extinction de mon obligation ne me met pas régulièrement en conflit avec des tiers; il faut pour cela un acte frauduleux, la cession de la créance éteinte par le payement; or, je ne puis et ne dois pas prévoir la fraude, je suis donc excusable en ne faisant pas enregistrer la quittance que je reçois. Cette considération, si elle était fondée, serait à l'adresse du législateur et justifierait une exception à la loi. Mais le législateur seul a le droit de déroger à la loi, l'interprète ne le peut pas, quand même il aurait les meilleures raisons. Celle que l'on donne n'est pas décisive. M. Colmet de Santerre dit très-bien que l'on en pourrait dire autant de la vente successive du même objet à deux acheteurs; c'est aussi un fait frauduleux de la part du vendeur, ce qui n'empêche pas que l'acheteur doive faire enregistrer son acte de vente pour pouvoir l'opposer aux tiers. D'ailleurs, il n'y a pas toujours fraude en matière de quittances. Le débiteur est toujours dans le cas d'opposer ses quittances à un créancier saisissant; il n'est pas question de fraude dans ce cas, il s'agit uniquement d'un principe de droit : de la force probante des actes sous seing privé. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'application rigoureuse de l'article 1328 forcerait tous ceux qui reçoivent des quittances à les faire enregistrer, ce qui serait cer-

tainement un grand inconvénient (1); mais nous répétons que les inconvénients qui résultent de l'application de la loi sont à l'adresse du législateur.

333. La doctrine s'est préoccupée de la bonne foi de celui qui a payé et qui s'est contenté, comme tout le monde le fait, d'une quittance sous seing privé non enregistrée. Mais le débiteur peut aussi être de mauvaise foi et opposer au cessionnaire des quittances antidatées, par un concert frauduleux entre lui et le cédant. S'il faut des garanties en faveur du débiteur, il en faut aussi pour le cessionnaire. De là les restrictions que l'on a imaginées; on veut, comme preuve de la bonne foi du débiteur, qu'il oppose immédiatement les quittances soit au cessionnaire, soit au créancier saisissant, soit à l'acheteur d'un immeuble. Nous demanderons qui autorise les interprètes à établir ces conditions pour que les quittances puissent être opposées à des tiers sans avoir une date légalement certaine? Voilà bien la preuve de ce que nous disons : les interprètes font la loi. Il y en a qui rejettent ces conditions et qui s'en rapportent au pouvoir discrétionnaire du juge, lequel décidera d'après les circonstances de la cause si la date est sincère ou fausse. Chose singulière ! Ces auteurs reprochent à ceux qui admettent des conditions restrictives que ces restrictions sont arbitraires, et eux-mêmes organisent l'arbitraire en donnant au juge un pouvoir absolu. L'arbitraire est inévitable dès que l'on s'écarte de la loi (2).

334. Il y a encore un point sur lequel la doctrine est vague et hésitante. En cas de cession d'une créance, le débiteur pourra-t-il opposer la quittance du capital qu'il a remboursé au cédant? Ou l'exception ne porte-t-elle que sur les intérêts, les arrérages, en un mot, sur les prestations périodiques? La plupart des auteurs ne s'expliquent pas sur ce point. MM. Aubry et Rau se bornent à dire que le tempérament d'équité devrait *surtout* être admis

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 564, n° 291 *bis* IV.

(2) Comparez, en sens divers, Marcadé, Delvincourt, Bonnier, Larombière (voyez les citations dans Aubry et Rau, t. VI, p. 403, note 101; Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3309, et au mot *Vente*, n° 1792

quand il s'agit de prestations périodiques. Troplong s'exprime si vaguement que l'on ne sait point s'il entend parler du capital ou des intérêts (1). A vrai dire, dans l'opinion générale, il n'y a pas de réponse à faire à notre question : de fait, les juges ont un pouvoir discrétionnaire, donc les juges décideront.

335. Il nous faut dire un mot de la jurisprudence en cette matière : elle est encore plus défectueuse que la doctrine. La plupart des arrêts décident que les quittances sous seing privé peuvent être opposées au cessionnaire ou au créancier qui pratique une saisie-arrêt, parce que le cessionnaire et le créancier saisissant sont des ayants cause (2). C'est une erreur évidente, au point de vue de l'article 1328 tel qu'on l'interprète généralement : le cessionnaire et le créancier saisissant sont des ayants cause à titre particulier, comme l'acheteur et le créancier qui pratiquent une saisie-exécution, et tous ces ayants cause sont considérés comme des tiers dans le sens de l'article 1328. C'est le besoin de trouver un fondement juridique quelconque pour l'exception des quittances, qui a conduit les cours, comme les auteurs, à donner de mauvaises raisons à l'appui d'une cause insoutenable. Il suffira de citer quelques-unes de ces décisions.

Le cessionnaire, dit la cour de Lyon, est le mandataire du cédant ; donc son ayant cause et son représentant. C'est un souvenir de la fiction romaine du *procurator in rem suam*, fiction étrangère à notre droit et que la cour ressuscite pour les besoins de la cause. Autant vaut dire, avec la cour de Bordeaux, que le cessionnaire est l'*image* du cédant (3). C'est un mot, mais quand on se met au-dessus de la loi, il n'y a pas d'autres raisons à donner que des mots.

(1) Troplong, *Hypothèques*, n° 535 (t. I, p. 352 de l'édition belge) ; *Vente*, p. 467, n° 920.
(2) Voyez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 3955, 3956, 3982, 3983, et au mot *Vente*, n° 1791. Il faut ajouter Bruxelles, 17 avril 1827 et 22 juin 1826 (*Pasicrisie*, 1827, p. 149, et 1826, p. 40).
(3) Lyon, 16 décembre 1824, et Bordeaux, 26 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1791, 1° et 3°)

La cour de Colmar dit qu'aucune disposition de la loi n'astreint le débiteur qui se libère à faire enregistrer la quittance que lui délivre son créancier (1). Non, mais s'il veut l'opposer à un tiers, il faudra qu'elle ait acquis date certaine, et elle n'acquiert date certaine que par l'enregistrement, ou par la mort du créancier, ou par la relation de la quittance dans un acte authentique.

Peu importe, dit la cour de Bourges, que le débiteur ne produise que des quittances sous seing privé, la présomption est qu'il a payé les intérêts ou les arrérages à chaque échéance (2). Voilà encore une présomption imaginée pour le besoin de la cause! La cour oublie l'article 1350, aux termes duquel la présomption légale est celle qui est attachée par une *loi spéciale* à *certains actes* ou à *certains faits*. Où est la *loi spéciale* qui présume que le débiteur a acquitté les intérêts à leur échéance? Et, dans le silence de la loi, qui donne au juge le droit de créer des présomptions? Dira-t-on qu'il s'agit de présomptions de l'homme? Il faudrait commencer par prouver que la preuve testimoniale est admissible, et prouve-t-on par témoins un payement qui dépasse cent cinquante francs?

Il y a des arrêts qui décident en fait si les quittances *paraissent sincères*, et pour s'en convaincre, elles ordonnent des enquêtes (3). Voilà décidément un nouveau droit. Le juge commence par se mettre au-dessus de l'article 1328, puis il agit comme législateur. Il s'attribue le pouvoir d'admettre les quittances ou de les rejeter. Conçoit-on des enquêtes, c'est-à-dire la preuve testimoniale, alors qu'il s'agit d'établir si la date mise à un acte sous seing privé est sincère?

Une jurisprudence presque unanime est en apparence la plus imposante des autorités, mais elle perd singulièrement de son prestige quand on examine les motifs sur lesquels elle repose. Que dit la cour de cassation, la gardienne de la loi? Son embarras doit être grand quand elle

(1) Colmar, 8 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 362, 4°).
(2) Bourges, 3 février 1836 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 427).
(3) Caen, 20 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3909).

se trouve en face d'arrêts qui violent ouvertement la loi. Elle se borne à prononcer des arrêts de rejet, sans même citer l'article 1328, en se retranchant derrière l'appréciation de fait de la cour dont la décision est attaquée (1). Cela ne s'appelle pas appliquer la loi, c'est un accommodement avec la loi, et les jurisconsultes devraient laisser aux théologiens la morale facile qui permet les accommodements avec le Ciel?

Une pareille jurisprudence n'a aucune autorité. Nous ajouterons qu'il n'est pas exact de dire qu'elle soit unanime. Il y a des arrêts qui soumettent les quittances à la règle générale de l'article 1328 (2). Ce dissentiment ne fait qu'ajouter à l'incertitude qui règne en cette matière. Si les exigences de la pratique demandent que l'on déroge à l'article 1328, soit; que le législateur y fasse une exception. Et il importe qu'il le fasse, car le respect dû à la loi souffre des dérogations que l'interprète se permet d'y apporter; et que devient la société quand le respect de la loi se perd?

336. L'exception que l'on admet généralement pour les quittances s'applique-t-elle aux payements faits par anticipation? Oui, dit M. Larombière, mais le débiteur doit justifier la sincérité de la date, sauf aux tiers à attaquer les payements pour cause de fraude. On lui a répondu, et la réponse est péremptoire, que le motif pour lequel on permet au débiteur de se prévaloir de quittances sans date certaine n'existe point pour les payements anticipatifs. Que le débiteur ne songe pas à enregistrer les quittances ordinaires, cela se conçoit, mais quand il paye ce qu'il ne doit pas, il doit s'attendre à ce que le payement soit contesté; la plus simple prudence lui commande donc d'assurer une date certaine à la quittance qu'il reçoit (3). Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens. Notons que

(1) Rejet, 5 août 1839 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 336, 6°); 22 février 1853 (Dalloz, 1854, 5, 597).

(2) Rejet, 19 mars 1823 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1790, 1°). Bruxelles, 17 juillet 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 224); Bordeaux, 21 mars 1846 (Dalloz, 1849, 2, 108).

(3) Larombière, t. IV, p. 430, n° 27 de l'article 1328 (Ed. B., t. III, p. 58) *Contra*, Dalloz au mot *Obligations*, n° 3910.

cet arrêt est peu favorable à l'opinion traditionnelle, car il pose en principe que les actes sous seing privé, y compris les quittances, puisqu'il s'agissait d'un payement, ne peuvent être opposés aux tiers que lorsqu'ils ont date certaine; cela suffit pour ruiner la théorie des quittances faisant foi de leur date sans avoir une date légalement certaine (1).

ARTICLE 2. Règles particulières concernant certaines écritures.

§ Ier. *Des registres des marchands.*

337. Les articles 1329 et 1330 traitent de la foi due aux livres des marchands à l'égard des personnes non marchandes. Quant à la force probante de ces registres entre marchands, elle est réglée par le code de commerce; cette matière est étrangère à notre travail.

Les registres ou livres dont il est question dans les articles 1329 et 1330 sont ceux que les commerçants doivent tenir, d'après le code de commerce (art. 8 et 9 du code de 1808 et 16 et 17 de la loi belge de 1872). Ce ne sont pas des *actes*, dans le sens légal du mot, car ils n'ont pas pour objet de constater des faits juridiques, et ils ne sont pas signés, ni même écrits par le marchand; or, il n'y a point d'acte sans signature. Néanmoins la loi attache une certaine foi à ces écritures, d'abord parce que le marchand est obligé de les tenir régulièrement; ils constituent la preuve de sa bonne foi quand il tombe en faillite. Puis la loi prescrit des formalités pour la tenue de ces registres; ils sont cotés, parafés et visés par un juge du tribunal de commerce, ils doivent être écrits sans blancs, lacunes ni transports en marge; c'est une garantie sérieuse contre les intercalations que l'on voudrait faire pour les besoins de la cause. Enfin, le faux en écriture de commerce est assimilé au faux en écriture publique, ce qui donne aux livres des marchands une autorité dont ne peuvent pas jouir les écritures ordinaires (2).

(1) Rejet, 22 février 1854 (Dalloz. 1854, 1, 188).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 568, n° 293 *bis* I.

N° 1. LES LIVRES DES MARCHANDS FONT-ILS FOI POUR EUX?

338. « Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment » (art. 1329). Il est de principe que nul ne peut se créer un titre à soi-même; la preuve résulte ou de l'intervention d'un officier public qui a mission de constater les conventions, ou du concours des parties intéressées qui dressent un écrit de ce qu'elles ont arrêté. L'article 1329 applique ce principe aux livres des marchands, avec une restriction toutefois, « sauf ce qui sera dit à l'égard du serment ». Que veulent dire ces mots? Pothier les explique : il s'agit du serment supplétoire que le juge est autorisé à déférer quand la demande n'est pas pleinement justifiée et qu'elle n'est pas totalement dénuée de preuve (art. 1367). Voici ce que Pothier enseigne, en s'appuyant sur l'autorité de Dumoulin; c'est le commentaire officiel de l'article 1329 : « Lorsque les livres sont bien en règle, qu'ils sont écrits de jour à jour sans aucun blanc, que le marchand a la réputation de probité et que la demande est donnée dans l'année de la fourniture, ils font une semi-preuve; et même les juges font souvent droit sur les demandes des marchands pour raison desdites fournitures contre les personnes à qui elles ont été faites (1). » L'article 1329 reproduit cette doctrine; le juge peut donc déférer le serment supplétoire au marchand; nous disons qu'il le peut, il ne le doit pas(2); l'appréciation des circonstances qui autorisent la délation du serment supplétoire appartient toujours au juge; c'est à lui de voir si le marchand mérite par sa probité, comme le dit Pothier, et par la régularité de ses livres, qu'on demande un supplément de preuve à sa conscience. Non pas qu'il soit lié par tout ce que dit Pothier, comme si c'était une condition légale; les seules conditions lé-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 753. Comparez Duranton, t. XIII, p. 207, n° 196 et tous les auteurs.
(2) Rejet, 22 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 110).

gales en cette matière sont celles de l'article 1367 et, par leur nature même, elles donnent au juge un pouvoir d'appréciation qui ne saurait être soumis à aucune condition particulière; seulement Pothier apprend au juge dans quel esprit il doit appliquer l'article 1329. Lui-même fait une application de la règle traditionnelle; nous la citerons comme un trait de mœurs : « Le juge, dit-il, doit voir, avant de déférer le serment au marchand, si les fournitures inscrites dans son livre ne montent pas à une somme trop considérable; il faut qu'elles n'aient rien que de vraisemblable relativement aux besoins du défendeur. Par exemple, ce ne seraient pas des fournitures vraisemblables s'il était écrit dans le livre d'un marchand qu'il m'a vendu dix aunes de drap noir dans une année, parce que je n'ai pas besoin de plus d'un habit dans l'année, pour lequel quatre aunes de drap suffisent (1). »

339. Les livres des marchands forment-ils un commencement de preuve par écrit qui autorise le juge à admettre la preuve testimoniale? Il y a un motif de douter qui a entraîné Toullier. La loi exige un commencement de preuve pour que le juge puisse déférer le serment supplétoire; elle voit ce commencement de preuve dans les registres des marchands; donc, dit-on, il y a un commencement de preuve par écrit, ce qui rend la preuve par témoins admissible. L'argumentation est vicieuse, elle confond l'article 1367 avec l'article 1347; l'article 1367 exige seulement, pour que le juge puisse déférer le serment, que la demande ne soit pas totalement dénuée de preuves; dans ce cas, le juge peut, mais il ne doit pas déférer le serment. L'art. 1347 définit le commencement de preuve par écrit, et l'une des conditions qu'il exige, c'est que l'écrit émane de la personne à laquelle on l'oppose; les registres du marchand pourraient donc faire un commencement de preuve contre lui, mais lui ne peut pas s'en prévaloir; car, dit Pothier, nul ne peut se faire de titre à soi-même. Il y a encore cette différence entre le commencement de preuve par écrit de l'article 1347 et la semi-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 755.

preuve de l'article 1367, c'est que le juge doit admettre la preuve par témoins dès qu'il y a un commencement de preuve par écrit.

Toullier argumente encore *à fortiori*. Si le serment est admissible avec une semi-preuve, dit-il, à plus forte raison doit-on admettre la preuve testimoniale, car elle présente plus de garantie que le serment(1). On répond, et la réponse est décisive, que l'article 1329 consacre une exception et qu'il n'est pas permis d'étendre les exceptions. Nous ajoutons que l'argumentation *à fortiori* doit être rejetée pour un autre motif, c'est que les articles 1367 et 1347 posent deux principes différents, comme nous venons de le dire : l'un admet le serment si le juge trouve convenable de le déférer, il y a donc une garantie dans l'appréciation du juge; l'autre rend obligatoire la preuve testimoniale, ce qui expose au danger des faux témoignages. On ne peut donc raisonner d'un cas à l'autre, ni par analogie, ni *à fortiori* (2). C'est l'opinion générale(3).

340. Aux termes de l'article 1329, le juge peut déférer le serment au marchand comme supplément de preuve quant aux fournitures qui y seraient portées. Aurait-il le même droit s'il s'agissait d'une autre obligation, du chef de prêt, par exemple? On enseigne la négative, parce que la disposition qui permet au juge de considérer les livres des marchands comme un commencement de preuve est une exception au principe d'après lequel personne ne peut se créer une preuve à soi-même; or, toute exception doit être limitée aux termes de la loi (3). N'est-ce pas pousser trop loin le principe de l'interprétation restrictive des exceptions? Pothier insiste surtout sur la probité du marchand, la régularité des livres, la probabilité de la dette. Eh bien, toutes ces conditions peuvent se rencontrer dans une obligation de prêt, ou toute autre. Si le législateur parle de fournitures, c'est à titre d'exemple, et parce que telle est l'obligation ordinaire qui existe entre

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 363, n° 369, et t. V, 1, p. 64, n° 71.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 409, note 3, § 757, et la note de Duvergier sur Toullier, t. IV, 2, p. 434.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 409, note 2, § 757.

un marchand et une personne non marchande; les fournitures ne sont donc que l'application d'un principe général d'après lequel les livres, à raison de leur régularité, autorisent le juge à déférer le serment.

N° 2. LES LIVRES DES MARCHANDS FONT-ILS FOI CONTRE EUX?

341. L'article 1330 porte que les livres des marchands font preuve contre eux. Ils doivent y marquer exactement les dettes qu'ils contractent et les payements qu'ils reçoivent. Si cette mention était écrite et signée par le marchand, elle formerait un acte et ferait preuve contre lui; or, les livres des commerçants font foi sans être écrits ni signés d'eux, parce qu'on ne peut pas supposer qu'ils y écrivent ou y laissent écrire la mention d'une dette ou d'un payement, alors qu'ils ne seraient pas débiteurs ou qu'ils n'auraient rien reçu. Le registre forme un aveu écrit, et comme tel il doit faire foi (1).

342. La loi n'exige aucune condition pour que les livres des marchands fassent foi contre eux. On en a conclu, et avec raison, qu'ils font preuve alors même qu'ils seraient tenus irrégulièrement; le commerçant qui tient ses livres, sans la régularité prescrite par la loi. est en faute, et il ne peut se prévaloir de sa faute pour en tirer profit; la mention qu'il écrit sur son registre n'en est pas moins un aveu, quoiqu'il ne soit ni coté ni parafé; or, c'est à l'aveu écrit que l'article 1330 attache la force probante. La jurisprudence est en ce sens ainsi que la doctrine (2).

343. L'article 1330 ajoute que « celui qui veut tirer avantage des livres d'un marchand ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. » C'est une conséquence du principe établi par la loi. Elle considère les livres comme un aveu écrit; or, aux termes de l'article 1356, l'aveu est indivisible. Cela est aussi fondé en raison. Si le registre mérite foi dans ce qu'il contient

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 294, *bis* I.
(2) Rouen, 23 mai 1825 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 609). Aubry et Rau, t. VI, p. 409, note 5, § 757.

à charge du marchand, la mention que l'on invoque contre lui doit aussi faire preuve en ce qu'elle a de favorable à celui qui l'a écrite.

Il a été jugé que cette disposition n'est applicable qu'aux livres régulièrement tenus. Non pas qu'une seule et même mention puisse être divisée contre le marchand; mais si le livre contient d'une part la mention des achats faits par le marchand et, d'autre part, les reventes qu'il est chargé de faire pour le compte de ses associés, les registres peuvent faire preuve suffisante des achats, mais le juge peut rejeter les mentions concernant les reventes s'il y aperçoit des irrégularités. Ce n'est pas contrevenir à l'indivisibilité de l'aveu, car, dans l'espèce, il y a deux aveux, l'un portant sur les achats, l'autre concernant les reventes (1).

§ II. *Des registres et papiers domestiques.*

344. Que faut-il entendre, dans l'article 1331, par les mots *registres* et *papiers domestiques?* Le mot *registres* présente un sens suffisamment clair. Mais on n'est pas d'accord sur la signification du mot *papiers domestiques*. Toullier dit qu'on peut entendre par là les cahiers, carnets, livres, tablettes dont une personne a coutume de se servir pour se rendre compte de ses affaires, de ses revenus, de ses dépenses, de ses dettes, de ses achats; ce qui exclut les feuilles volantes et papiers, signés ou non signés, que l'on trouve à la mort d'une personne. La raison que Toullier donne est que ces papiers n'ont pas la même stabilité que les livres ou registres. Il nous semble que si telle avait été l'intention du législateur, il se serait contenté du mot *registres,* qui comprend tous les papiers faisant corps. M. Larombière donne encore une plus mauvaise raison à l'appui de l'opinion de Toullier qu'il adopte. Le mot *registres,* d'après lui, détermine et limite le sens des mots *papiers domestiques* qui suivent. C'est dire que

(1) Rejet, 7 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 195).

l'expression *papiers domestiques* présente le même sens que le mot *registres*, puisque le mot *registres* précède (1). Il nous semble qu'il en faut tirer la conséquence contraire: à quoi bon dire deux fois la même chose? On oublie qu'il s'agit, dans l'article 1331, de particuliers qui ne sont pas obligés de tenir des registres et qui sont, par conséquent, entièrement libres de faire leurs écritures comme ils le veulent. J'ai l'habitude d'écrire mes notes sur des feuilles détachées réunies dans une farde : pourquoi ces feuilles volantes ne feraient-elles pas foi aussi bien que si elles formaient un cahier? La loi ne définit pas les papiers domestiques ; le juge peut donc considérer comme tels les feuilles volantes en tenant compte des habitudes de celui qui les a écrites et des circonstances de la cause (2).

345. Le code n'exige qu'une seule condition pour que les papiers d'un particulier fassent la foi qu'il y attache, c'est qu'ils soient écrits par lui. Aux termes de l'article 1331, les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui *qui les a écrits ;* ils font foi contre lui dans les deux cas prévus par la loi. Donc la loi ne s'occupe que des écritures émanées de celui chez lequel on les trouve. C'est une différence notable entre les registres domestiques et les registres des marchands. Ceux-ci sont d'ordinaire tenus par des commis, tandis que les particuliers font eux-mêmes leurs écritures, parce qu'elles sont rares et accidentelles (3). Toutefois il ne faudrait pas s'attacher trop servilement au texte; si un particulier, à cause de ses nombreuses affaires, avait un commis pour tenir ses écritures, ce commis étant chargé par lui de faire les écritures, celles-ci pourraient être opposées au patron, comme on peut opposer au mandant tout ce que fait le mandataire.

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 381, n° 399. Larombière, t. IV, p. 481, n° 1 de l'article 1331 (Ed. B., t. II, p. 78).

(2) Bonnier, t. II, p. 327, n° 744. Marcadé, t. V, p. 69, n° V de l'article 1331. Colmet de Santerre, t. V, p. 571, n° 295 *bis* I.

(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 571, n° 295 *bis* I.

N° 1. LES REGISTRES DOMESTIQUES FONT-ILS FOI POUR CELUI QUI LES A ÉCRITS?

346. L'article 1331 dit en termes absolus que les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. C'est l'application du principe d'après lequel personne ne peut se créer un titre à soi-même. La loi étant générale, il faut rejeter toute exception que l'on voudrait y apporter.

Il a été jugé que les registres tenus par le père ne faisaient pas foi des prêts ou avances qu'il y déclare avoir faits à ses enfants. Dans l'espèce, le débat existait entre les enfants et le père. La cour de Bruxelles a décidé que la loi étant générale devait recevoir son application aux créances que le père prétend avoir contre ses enfants, aussi bien qu'à toute autre créance(1). Cela est très-rigoureux, mais cela est incontestable.

Cette décision n'est pas en contradiction avec la jurisprudence française qui admet les registres domestiques comme preuve de ce que l'un des enfants est tenu de rapporter à ses cohéritiers. Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une dette dont le créancier réclame le payement; il s'agit d'une obligation que la loi impose aux cohéritiers pour maintenir l'égalité entre eux. L'article 1331 est donc hors de cause. Reste à savoir comment se fera la preuve de ce que l'un des enfants a reçu du père à titre de prêt, d'avances ou de dons manuels. L'héritier qui demande à prouver que son cohéritier doit le rapport d'un prêt qu'il a reçu du défunt est dans l'impossibilité de faire cette preuve par un écrit; c'est donc le cas de lui appliquer l'article 1348, qui permet au demandeur de prouver par témoins le fait juridique dont il n'a pu se procurer une preuve littérale. Et quand la preuve testimoniale est admise, les présomptions sont aussi admissibles; or, le juge peut puiser ses présomptions partout, donc il peut invoquer les registres domestiques du père. C'est, en géné-

(1) Bruxelles, 10 janvier 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 11).

ral du moins, une preuve qui doit inspirer toute confiance (1).

347. L'article 1331 n'ajoute pas l'exception que l'article 1329 fait en faveur des marchands; il ne donne pas au juge le droit de déférer le serment à celui qui a tenu des registres, fussent-ils aussi réguliers que ceux des marchands. Il y a une raison de cette différence. Les livres des commerçants étant la preuve par excellence en matière commerciale, les marchands ont intérêt à les tenir avec la plus grande exactitude. On conçoit donc que le législateur y attache une certaine foi même contre les personnes non marchandes. Les particuliers, au contraire, ne devant pas tenir de registres, n'y mettent pas généralement le même soin; donc le législateur ne pouvait y ajouter la même foi. Qu'importe que par exception il y ait des registres domestiques bien tenus? Le législateur dispose en vue de ce qui se fait ordinairement.

La jurisprudence et la doctrine (2) sont unanimes sur ce point. Un jugement avait déféré le serment supplétoire au demandeur qui réclamait une somme de 156 fr. pour argent prêté sans autre preuve que le relevé de ses livres. C'était violer l'article 1331 et l'article 1367. L'article 1331 refuse toute foi aux registres domestiques en faveur de celui qui les a écrits; donc il n'y avait aucune preuve de la demande. Et, d'après l'article 1367, le juge ne peut déférer le serment d'office que lorsque la demande n'est pas totalement dénuée de preuves; s'il n'y a aucune preuve, comme dans l'espèce, il doit rejeter la demande (3).

348. Est-ce à dire que les registres domestiques soient dénués de toute espèce de force probante? Non. Quand les présomptions sont admises, le juge peut les puiser dans les papiers domestiques; la loi lui laisse à cet égard la plus grande latitude (4). Il se peut donc que le procès

(1) Orléans, 26 juillet 1849 (Dalloz, 1850, 2, 29) et 24 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 259).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 411, note 2, § 758. Larombière, t. IV, p. 482, n° 2 de l'article 1331 (Ed. B., t. III, p. 78).

(3) Cassation, 2 mai 1810 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5321). Comparez Bruxelles, 10 janvier 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 11).

(4) Arrêt précité (note 3) de Bruxelles. Rejet, 10 mars 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5303, 4°).

soit décidé par des registres qui ne font pas preuve comme écriture. Cela n'est pas contradictoire. Si les registres faisaient foi comme tels, le juge devrait les admettre, ce qui pourrait entraîner de graves inconvénients; tandis que s'il y puise des présomptions, il a un pouvoir absolu d'appréciation : il peut admettre les papiers domestiques ou les rejeter, ce qui prévient tout abus d'une preuve que le créancier lui-même se ferait.

N° 2. QUAND LES PAPIERS DOMESTIQUES FONT FOI CONTRE CELUI QUI LES A ÉCRITS.

I. *Mentions libératoires.*

349. Aux termes de l'article 1331, les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits, d'abord dans le cas où ils énoncent formellement un payement reçu. La raison en est naturelle; on ne constate pas un payement sans l'avoir reçu. Il ne faut pas confondre ces mentions libératoires avec les quittances; on prépare parfois des quittances pour des payements que l'on attend et qui ne sont pas toujours faits; ce sont des projets de quittance qui ne font aucune preuve, quoique écrites, datées et signées, si on les trouve parmi les papiers du créancier. Ce qui prouve que le payement n'a pas été effectué, c'est que la quittance, au lieu d'être remise au débiteur, est restée dans les mains du créancier. Il en est autrement de la mention qu'un créancier fait qu'il a reçu telle somme : elle prouve que le payement a été effectué, car on ne peut pas supposer que ces mentions aient été écrites d'avance, cela serait absurde.

350. Y a-t-il des conditions requises pour que les mentions libératoires fassent foi? La loi n'en exige aucune, sauf la condition générale prescrite pour tous les papiers domestiques, c'est qu'ils soient écrits par celui auquel on les oppose. Il n'est pas requis qu'elles soient datées et signées (1). La loi n'exige pas même la date pour les actes

(1) Comparez Pothier, *Des obligations*, n°s 758 et 759.

sous seing privé; à plus forte raison ne peut-on l'exiger pour de simples papiers domestiques. Quant à la signature, elle est de rigueur pour qu'il y ait un acte; mais, dans l'espèce, il n'y a point d'acte, le père de famille écrit la mention, non pour servir de preuve au débiteur, mais pour se rendre compte à lui-même de ses affaires (1).

La mention libératoire doit être écrite par le créancier; si elle était de la main d'un tiers, elle ne ferait plus foi. On ne serait plus dans les termes de la loi, à moins que la mention ne fût écrite par une personne habituellement employée à tenir le registre où elle se trouve (2). C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si une mention libératoire écrite par le débiteur sur le registre du créancier ferait foi. En général, non, cela n'est pas douteux. Cependant la cour de cassation a admis la validité de mentions écrites de la main du débiteur. Il s'agissait d'un mandataire chargé de faire des recouvrements. La cour d'Angers constate que le mandataire remettait immédiatement à la mandante les sommes qu'il recevait pour elle, puis il écrivait sur le registre de la mandante et en sa présence la mention de ces payements. Les choses se passèrent ainsi pendant toute la vie de la mandante; après sa mort, les héritiers réclamèrent un compte du mandataire, celui-ci répondit qu'il ne devait rien, parce qu'il avait remis à la mandante toutes les sommes qu'il avait touchées pour elle. La cour de cassation décida qu'à raison des relations affectueuses et confiantes qui avaient toujours existé entre la mandante et le mandataire, le juge du fait avait pu admettre que la mandante s'en était rapportée à la foi du mandataire et l'avait dispensé des formes rigoureuses du droit. La cour ajoute que, même en droit, la preuve des versements faits par le mandataire était suffisante. En effet, on reconnaît que les mentions écrites sur un registre domestique par un gérant, un administrateur ou un secrétaire sont cen-

(1) Liége, 18 février 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 37).
(2) Duranton, t. XIII, p. 214, n° 205. Aubry et Rau, t. VI, p. 412, notes 5 et 6, § 758. Larombière, t. IV, p. 491, n° 9 de l'article 1331 (Ed. B., t. III, p. 81).

sées y avoir été inscrites par le père de famille; il en doit être de même si elles sont l'œuvre du débiteur lorsque l'inscription se fait, comme cela avait eu lieu dans l'espèce, sous les yeux mêmes du créancier (1).

351. La première disposition de l'article 1331 s'applique-t-elle aux feuilles volantes? MM. Aubry et Rau répondent que les écritures non signées qui se trouvent sur de simples feuilles volantes ne font pas foi contre celui dont elles émanent, encore qu'elles mentionnent formellement un payement reçu; ces écritures pourraient tout au plus, disent-ils, servir de commencement de preuve par écrit (2). C'est restreindre arbitrairement l'expression générale de *papiers domestiques* dont la loi se sert (n° 344). Y a-t-il des motifs pour refuser toute foi aux feuilles volantes? Si je mentionne sur le premier papier venu que j'ai reçu telle somme, pourquoi cette mention libératoire ne ferait-elle pas foi aussi bien que si elle était inscrite sur un registre? Est-ce qu'on mentionne d'avoir reçu ce qu'on n'a pas reçu? On cite à l'appui de l'interprétation restrictive de l'article 1331 un arrêt de la cour de Paris, mais l'arrêt ne dit pas ce qu'on lui fait dire : l'article 1331 n'y est pas même cité. Nous avons déjà rapporté l'espèce. Au décès d'une demoiselle qui laissait une fortune de 800,000 francs à des parents éloignés, on trouva un sac formé d'une feuille de papier : sur la face extérieure, on lisait la mention suivante écrite de la main de la défunte : « Cette somme (de 62,000 fr.) appartient à M. D..., qui demeure à Paris, rue de..... » C'était un ancien notaire; il réclama la propriété des billets, à titre de donation ou de restitution. La cour jugea que la mention litigieuse ne constituait pas un testament, puisqu'elle n'était ni datée ni signée; qu'il n'en pouvait résulter un don manuel, la remise effective des objets destinés au donataire étant de l'essence des libéralités de ce genre; qu'elle ne pouvait, enfin, dans cet état d'imperfection, engendrer une obligation; que tout ce que l'on pour-

(1) Rejet, 9 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 1, 160).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 415, et note 14, § 758.

sous seing pr… c'est qu'elle formait un commencement de preuve par écrit qui permettrait de recourir à des présomptions, mais que ces présomptions faisaient défaut, dans l'espèce, pour établir que le destinataire était propriétaire des billets (1). Il s'agissait donc de prouver la propriété ou une libéralité, ce qui écarte l'article 1331 où il est question d'un payement ou d'une obligation.

352. On demande si la mention libératoire ferait foi si elle était biffée. L'affirmative est généralement admise, et avec raison. Quand je mentionne d'avoir reçu telle somme, cela prouve un payement effectif qui m'a été fait. Le payement reste prouvé, alors même que la mention se trouverait biffée (2).

II. *Mention d'une obligation.*

353. La mention d'une obligation fait-elle foi contre celui qui l'a écrite? D'après l'article 1331, il faut les conditions suivantes pour que cette mention fasse foi contre celui qui l'a écrite : elle doit contenir la déclaration expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel elle énonce une obligation. Ainsi la mention serait sans force probante si elle portait simplement : « Reçu à titre de prêt telle somme d'un tel. » Pourquoi la mention d'une obligation ne fait-elle pas foi par elle seule, tandis que la mention du payement a force probante? Quand j'écris sur mon registre que j'ai reçu telle somme à titre de prêt, cela prouve que j'ai été débiteur, mais cela ne prouve pas que je le sois encore, tandis que si je déclare avoir reçu le payement de ce qui m'était dû, cela prouve que j'ai cessé d'être créancier. La simple mention d'une obligation ne prouve donc pas l'existence de la dette au moment où le registre est produit, ce qui arrive d'ordinaire à la mort de celui qui a écrit la mention. Il faut une condition qui prouve que la dette existe encore. Cette condi-

(1) Paris, 6 mars 1854 (Dalloz, 1854, 2, 211).
(2) Duranton, t. XIII, p. 218, n° 208. Aubry et Rau, t. VI, p. 412 et note 7, § 758.

tion exigée par l'article 1331 est empruntée à Pothier, et voici comment on l'explique. Si j'écris que je dois telle somme et que je paye, je puis oublier de marquer le payement ou de barrer la note; mais, régulièrement, il y aura un acte qui constate ma dette et qui me sera remis ou détruit lors du payement, ce qui dispense de donner quittance. Le créancier n'ayant plus de titre, je n'ai aucune raison de biffer la mention que j'avais faite de la dette, ni même d'inscrire le payement que j'ai fait; car les particuliers ne tiennent pas leurs registres avec la régularité que doivent y mettre les commerçants. Mais si je dis que la mention de la dette est faite pour tenir lieu de titre à mon créancier, alors je dois avoir soin ou de biffer la mention, ou de marquer le payement, ou de demander une quittance, car la mention prouvera contre moi, comme si c'était un titre, puisque moi-même j'ai déclaré qu'elle avait pour objet de suppléer au défaut de titre. On ne peut plus supposer un oubli; la mention que le débiteur a ajoutée à sa déclaration doit lui rappeler la nécessité de détruire la preuve de la dette par la preuve du payement; si donc il n'y a aucune preuve du payement, la dette reste prouvée (1).

354. Lorsque la note constatant l'obligation est barrée, elle ne fait plus preuve en faveur du créancier. Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté cette théorie, en fait la remarque. La radiation, dit-il, est une preuve que j'ai rendu la somme si le créancier n'a par devers lui aucun titre. Il n'y a pas contradiction entre la décision concernant la mention d'une obligation et la décision qui concerne la mention d'un payement (n° 352). J'ai beau effacer la mention que j'ai écrite d'un payement reçu, il n'en reste pas moins prouvé, par ma déclaration écrite, que le payement a été fait et que le débiteur est libéré; tandis qu'une mention constatant une obligation cesse de faire foi lorsque celui qui l'a écrite, pour qu'elle tienne lieu de titre, l'a effacée. On ne peut pas objecter qu'il l'a fait de mauvaise foi, car le créancier qui n'a pas

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 758. Mourlon, d'après Valette, t. II, p. 527, n° 1575. Cassation, 27 avril 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4235).

sous f … demandé de titre à son débiteur témoigne par là qu'il a pour … pleine confiance en sa probité; il se met à sa merci pour ture … ce qui concerne la preuve de l'obligation, il est par cela da … même à sa merci quand cette preuve est anéantie, car il la … sait qu'il dépend du débiteur de l'anéantir (1).

III. Production des registres.

355. Le code de commerce contient les dispositions suivantes sur la production des registres entre commerçants. Aux termes de l'article 15 du code de 1808 (art. 22 de la loi belge de 1872), la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, et l'article 17 (art. 24 de la loi belge de 1872) ajoute que si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie. Ces dispositions sont-elles applicables aux registres domestiques? La négative est évidente; si le juge peut ordonner à un marchand de représenter ses registres, c'est parce que tout marchand est obligé de tenir des registres; si donc il refuse de les produire, alors que l'autre partie offre d'y ajouter foi, la présomption est contre lui et en faveur de l'adversaire. Mais les particuliers ne doivent pas tenir de registres, le juge ne sait donc pas s'il en existe, et la partie adverse pas davantage. Faut-il conclure de là que, s'il est constant que l'une des parties a un registre, l'autre ne puisse pas en demander la représentation et que le juge n'ait pas la faculté de l'ordonner?

La question est controversée. Nous croyons, avec Toullier, que le droit de demander la production des registres est une conséquence logique de l'article 1331. Les registres domestiques font preuve de libération et même de l'obligation contractée par celui qui les écrit; il faut donc que celui en faveur duquel les registres font foi puisse s'en prévaloir, et, par suite, en demander la représentation; sinon, la preuve que lui offre la loi serait dérisoire; et peut-on admettre que la loi établisse une règle sage et

(1) Duranton, t. XIII, p. 216, n° 207. Marcadé, t. V, p. 65, n° II de l'article 133

juste sans qu'il existe des moyens de la faire exécuter (1)? On dira que la partie intimée peut nier qu'elle ait tenu un registre. Sans doute; mais la partie adverse doit être admise à prouver l'existence des registres et elle pourrait faire la preuve par témoins et présomptions par application de l'article 1348, car il n'a certes pas dépendu d'elle de se procurer une preuve littérale de ce fait. Si l'existence des registres était constante, le juge en pourrait ordonner la production, et le refus de les produire serait une présomption contre celui qui opposerait ce refus injuste. Il est vrai que le juge ne pourrait pas invoquer l'article 17 du code de commerce (art. 24 de la loi belge de 1872) pour déférer le serment à la partie qui aurait déclaré s'en rapporter aux registres de son adversaire, mais dans les cas où il peut juger sur des présomptions, il considérerait certainement comme une présomption le refus de produire les registres.

Les motifs que l'on donne pour l'opinion contraire nous paraissent très-faibles (2). Nous n'avons pas invoqué le droit romain, de sorte que l'on ne peut pas nous opposer que le droit romain n'a plus d'autorité en cette matière. On dit que l'article 1331 n'est pas une disposition inutile, puisqu'on pourra, lors du décès de celui qui a tenu les registres, en faire constater l'existence et la teneur; on admet encore que le juge pourra, par exception, ordonner la représentation des livres domestiques lorsqu'ils sont communs aux deux parties. Nous répondons que la preuve autorisée par l'article 1331 est une preuve de droit commun, et que c'est méconnaître le texte de la loi que d'en faire une preuve exceptionnelle. Les raisons que Larombière donne sont encore plus mauvaises. Il dit que les registres forment un titre tout personnel : la réponse est dans l'article 1331, qui permet d'invoquer les registres contre celui qui les a écrits. Ce serait, dit-on,

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 384, n° 404. Duranton. t. XIII p 219, nos 209-211. Marcadé, t. V, p. 70, n° VI de l'article 1331.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 412 et note 9, § 758. Larombière, t. IV, p. 4 4, n° 12 de l'article 1331 (Ed. B., t. III, p. 82). Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 572, n° 295 *bis* II.

autoriser à mettre au grand jour des secrets de famille; nous demanderons si l'habitude est de confier des secrets de famille à un registre où l'on inscrit les recettes et les dépenses, les dettes et les payements? Enfin, on dénie au juge le droit d'ordonner la représentation des registres, parce que la loi ne lui en donne pas le droit. Notre réponse est toujours dans l'article 1331. Qui veut la fin, veut les moyens; la loi me permet d'invoquer les registres de mon adversaire, elle me donne par là implicitement le droit d'en demander la représentation et au juge le droit de l'ordonner.

356. La jurisprudence des cours de Belgique est favorable à notre opinion. Il est de principe, dit la cour de Bruxelles, que l'une des parties est tenue de produire à la demande de la partie adverse ses propres documents (1). La cour a appliqué ce principe aux registres domestiques. Elle se fonde sur l'article 1331 qui admet les registres et papiers domestiques comme moyen de prouver le payement. Dans l'espèce, il était constant que le créancier tenait des registres de ses fermages. La cour conclut de l'article 1331 que le juge peut d'office et pour s'éclairer ordonner la production des registres, et qu'à plus forte raison, il peut le faire sur la demande de la partie intéressée (2).

La cour de cassation de France a décidé que les juges, seuls appréciateurs des faits, ne sont pas tenus d'ordonner la représentation des registres (3). Il est certain que le code n'en fait pas une obligation aux juges. Mais là n'est pas la question : celui qui a tenu un registre a-t-il le droit d'en refuser la communication? La cour l'admet, en se fondant sur l'article 15 du code de commerce (art. 22 de la loi belge de 1872) (4). C'est ne tenir aucun compte de l'article 1331. Si l'on admet la doctrine de la cour, il faut dire qu'il y a une lacune dans la loi; elle consacre

(1) Bruxelles, 23 octobre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 492).
(2) Bruxelles, 3 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, p. 215).
(3) Rejet, chambre civile, 15 février 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 4238).
(4) Rejet, 2 février 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 4764, 1º). Dans le même sens, Rennes, 31 mars 1849 (Dalloz, 1850, 5, 388).

un moyen de preuve, et elle met le demandeur dans l'impossibilité de s'en servir.

§ III. *Des mentions libératoires de l'article* 1332.

N° 1. MENTIONS LIBÉRATOIRES PRÉVUES PAR LE PREMIER ALINÉA DE L'ARTICLE 1332.

357. « L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur » (art. 1332, 1er alinéa). Quand le créancier inscrit des mentions sur le titre même qui établit sa créance, ces mentions s'identifient avec le titre, en ce sens que le créancier ne peut produire son titre sans produire les annotations qu'il y a faites. Que ces annotations ne prouvent pas pour lui, cela va sans dire, personne ne pouvant se créer un titre à soi-même; ainsi les mentions n'auraient aucune force probante si elles constataient une augmentation de la dette ou une aggravation quelconque; mais si le créancier mentionne les payements qu'il reçoit, ces mentions libératoires doivent avoir une force probante, car en les inscrivant sur le titre qui lui sert de preuve, le créancier se met dans l'impossibilité de prouver sa créance en justice sans fournir en même temps la preuve que sa créance est éteinte pour le tout ou en partie. Seulement le législateur devait prescrire des conditions qui garantissent. d'abord, que la mention a été faite pour constater un payement reçu et non un payement à recevoir; puis, que la mention a été écrite par le créancier. Tel est l'objet des deux conditions prescrites par l'article 1332.

358. L'article 1332 porte : « L'écriture mise *par le créancier* ». Il faut donc que le créancier écrive la mention libératoire, c'est le droit commun. Toute preuve littérale implique qu'elle émane de celui à qui on l'oppose; il faut donc que la mention, dans l'espèce, soit ou écrite

ou signée par le créancier; on ne signe guère les mentions que l'on fait sur un titre que l'on a en sa possession; dès lors il faut que la mention soit écrite de la main du créancier, si elle était d'une main étrangère, on ne saurait pas si elle a été inscrite au vu et au su du créancier, donc on ne peut la lui opposer comme preuve.

Pothier enseignait le contraire : d'après lui, ces mentions libératoires faisaient pleine foi du payement, de quelque main qu'elles fussent écrites, fût-ce même de celle du débiteur; il en donne pour raison que le titre étant resté en la possession du créancier, celui-ci n'aurait pas laissé écrire la mention d'un payement reçu si le payement n'avait pas été fait. Cela est plus que probable, dit Pothier, et de cette probabilité il fait une présomption (1). Les auteurs du code n'ont pas admis cette présomption, et avec raison, nous semble-t-il. Il serait si facile d'inscrire une mention sur un titre en l'absence du créancier ou pendant sa maladie; sans doute, le créancier ou ses héritiers seraient admis à prouver la fraude, mais cette preuve n'est point facile. D'ailleurs pourquoi reconnaître force probante à un écrit contre celui qui n'est pas l'auteur de l'écrit? Est-ce que la preuve littérale s'établit par voie de présomption? Toutefois, il y a des auteurs qui suivent l'opinion de Pothier, malgré le texte contraire du code; ils prétendent que c'est une rédaction vicieuse et que la doctrine de Pothier doit l'emporter sur un vice de rédaction (2). Voilà une preuve frappante du peu de respect que les interprètes ont, en général, pour le texte de la loi, dès que la loi contrarie leur opinion. Larombière a raison de dire que c'est une manière par trop commode d'interpréter la loi que de prêter d'abord sa propre pensée au législateur, puis de dire que la loi doit être entendue en ce sens et que, si elle dit le contraire, c'est qu'elle est mal rédigée. Nous prêchons le respect de la loi, alors même qu'elle est mauvaise : qu'on la change! A plus forte raison faut-il s'attacher au texte de la loi,

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 760

(2) Toullier, t. IV, 2, p. 347, n° 353. Duranton, t. XIII, p. 224, n°s 213 et 214).

quand elle est l'expression des vrais principes (1). La jurisprudence s'est prononcée en faveur du texte. Il y a dans les travaux préparatoires un argument décisif que la cour de Bruxelles invoque. Le projet de code civil reproduisait la doctrine de Pothier; la cour de Bordeaux ayant critiqué cette doctrine, la section de législation du conseil d'Etat modifia la rédaction primitive; il y a donc décision formelle (2).

359. Le même dissentiment se reproduit sur la seconde condition que l'article 1332 exige : « Que le titre soit toujours resté en la possession du créancier. » Fidèle au texte, nous en concluons que la mention libératoire cesse de faire foi lorsque le titre est dans les mains d'un tiers. Qu'importe, dit-on, pourvu que la mention soit de la main du créancier? Et pourquoi l'écriture n'aurait-elle plus de force probante, parce que le créancier remettrait son titre à un tiers? Il y a de cela une bonne raison. Le créancier qui remet son titre à un agent pour recouvrer sa dette y met la mention libératoire en vue d'un payement à faire; tel est l'usage constant des commerçants ; ils écrivent un acquit sur les effets qu'ils envoient à l'encaissement. Dans ces cas, les mentions libératoires prouvent un payement à recevoir et non un payement reçu; donc le débiteur ne peut s'en prévaloir comme d'une preuve qu'il a payé. Il en est autrement quand le titre est toujours resté en la possession du créancier : si le créancier y inscrit un reçu, ce n'est point en vue d'un payement à recevoir, il le fait uniquement pour se rendre compte à lui-même et pour constater l'état de ses affaires; or, il serait absurde de mentionner d'avance comme payé ce qui n'a pas encore été payé (3).

360. Dans notre opinion, les mentions libératoires

(1) Larombière, t. IV, p. 504, n° 3 de l'article 1332 (Ed. B., t. III, p. 86). Aubry et Rau, t. VI, p. 413, note 11, § 758. Comparez Marcadé, t. V, p. 71, n°s 1-V de l'article 1332. Bonnier est revenu de l'opinion contraire qu'il avait d'abord enseignée (t. II, p. 330, n°s 749, 750).

(2) Bruxelles, 2 juin 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 198). Cassation, 9 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 573). Rejet, 30 juillet 1855 (Dalloz, 1855, 1, 331).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 414, note 11, § 758 (3e édition).

inscrites sur le titre ne font plus foi lorsqu'elles n'ont pas été écrites par le créancier, ni quand le titre n'est pas toujours resté en sa possession. On demande si elles font commencement de preuve par écrit. L'affirmative n'est pas douteuse dans le cas où la mention est écrite par le créancier, quand même le titre ne se trouverait pas en ses mains; car cet écrit, quoique irrégulier, en ce sens qu'il ne peut pas faire pleine preuve du payement, tombe néanmoins sous l'application de l'article 1347, puisqu'il réunit les conditions exigées par la loi pour faire un commencement de preuve par écrit. Il en serait de même si l'écrit était resté en la possession du créancier et qu'une mention libératoire y eût été mise par un tiers au vu et au su du créancier; mais ce serait au débiteur à prouver que la mention émane du créancier comme ayant été faite de son consentement (1).

331. On suppose que la mention libératoire est biffée : cessera-t-elle de faire foi? La question est controversée. Il nous semble qu'il faut appliquer aux mentions libératoires de l'article 1332 ce que nous avons dit des mentions de l'article 1331 (n° 352). Tout le monde admet que la mention d'un payement reçu, inscrite sur un registre domestique, fait foi quoiqu'elle soit barrée, parce que le fait du payement une fois attesté par la mention ne peut plus être détruit par le bâtonnement de l'écriture. Quand le créancier écrit sur son titre qu'il a reçu le payement, il y a aussi une preuve acquise au débiteur que le créancier ne peut plus anéantir. Son premier aveu témoigne contre lui, sauf à lui à prouver qu'il l'a fait par erreur. C'est l'opinion générale des auteurs, sauf le dissentiment de Toullier (2). Il y a un arrêt de la cour de cassation qui semble favorable à l'opinion de Toullier; la cour a tort de poser comme règle que le créancier écrit les mentions dans l'espoir d'un payement qui, en réalité, n'a pas été effectué; ce n'est là qu'une rare exception. Il paraît, du reste, que, dans l'espèce, il y avait des circonstances

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 574, n° 297 *bis* II.
(2) Voyez les citations dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 425.

qui témoignaient contre la libération; ce n'est donc pas un arrêt de principe (1). Il y a un arrêt de cassation qui paraît plus décisif. Un jugement avait, en se fondant sur des présomptions, admis comme probante une mention libératoire qui était raturée. La cour le cassa, parce que les présomptions ne sont admises qu'en cas de dol et de fraude, et, dans l'espèce, la rature de la mention libératoire n'avait pas été attaquée comme frauduleuse; dès lors le juge du fait ne pouvait pas se fonder sur des présomptions sans violer l'article 1353 (2). La difficulté ne portait pas sur l'article 1332; il s'agissait de savoir à qui incombait la preuve, que la rature aurait été faite malgré le payement, ou qu'elle aurait été faite parce que le payement n'avait pas eu lieu. A notre avis, c'est au créancier de faire la preuve, parce qu'il a contre lui un premier aveu.

362. Il faut encore remarquer que l'article 1332 ne reconnaît de force probante qu'aux mentions *libératoires* inscrites sur le titre. Si donc le créancier y mentionnait une obligation, on ne serait plus dans le texte de la loi et partant l'écriture n'aurait aucune foi. Ce serait, au contraire, le cas d'appliquer la règle de l'article 1331, si l'obligation était contractée au profit du créancier : personne ne peut se créer un titre à soi-même. Si l'obligation était contractée par le créancier, la mention ne ferait pas foi, parce que, en principe, il faut un acte et, par conséquent, la signature pour constater une obligation; les écrits non signés ne font pas preuve, sauf dans les cas déterminés par la loi. De là suit que les dispositions de l'article 1332 sont exceptionnelles, ce qui décide la question. Il y a un arrêt en ce sens (3).

Nº 2. MENTIONS LIBÉRATOIRES ÉCRITES SUR LE DOUBLE D'UN TITRE.

363. Une mention libératoire est inscrite sur le double d'un acte de vente. Quelle est la force probante de

(1) Rejet, 11 mai 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 4255, 1º).
(2) Cassation, 23 décembre 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 4255, 2º).
(3) Liége, 21 janvier 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 16).

cette mention? Il faut distinguer. Si le double est toujours resté en la possession du vendeur, on rentre dans le cas prévu par le premier alinéa de l'article 1332; en effet, le mot *titre* dont la loi se sert comprend le double des actes qui constatent des conventions synallagmatiques; ces actes doivent être faits en double, c'est donc le double qui constitue le titre de chacune des parties. Le vendeur inscrit sur le double qui est resté entre ses mains une mention libératoire, elle fait foi du payement reçu, en vertu de l'article 1332, n° 1. Si le double du vendeur sur lequel il a inscrit la mention d'un payement, n'est pas resté entre ses mains, on applique ce que nous venons de dire; ce cas est aussi décidé implicitement par le n° 1 de l'article 1332: la mention ne fera pas foi, sauf d'un commencement de preuve par écrit. Il y a une troisième hypothèse : le double est en la possession de l'acheteur, débiteur du prix dont le payement total ou partiel est mentionné sur le titre. C'est le cas prévu par le n° 2 de l'article 1332 qui porte : « Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur (1). »

De quel double s'agit-il : de celui du vendeur ou de celui de l'acheteur? Les mentions faites sur le double du vendeur, qui forme son titre, sont prévues par le premier alinéa de l'article 1332, comme nous venons de le dire. Donc le second alinéa prévoit le cas où le vendeur écrit une mention libératoire sur le double de l'acheteur. Celui-ci devant faire un payement, soit des intérêts, soit d'une partie du prix, envoie son double au vendeur afin qu'il y inscrive la mention du payement qui va être fait. Le vendeur écrit sur ce double qu'il a reçu telle somme pour intérêts ou pour la partie du prix qui est échue. Cette mention fera-t-elle foi? La loi distingue : oui, si le double est entre les mains de celui qui a fait le payement, c'est-à-dire de l'acheteur, il est certain que le vendeur ne lui aura pas restitué le titre-quittance sans avoir reçu le payement. Mais si le double se trouve entre les mains du vendeur,

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 414, note 12, § 758 (3e édition).

il faut décider que la mention ne fera pas foi; le double n'ayant pas été restitué à l'acheteur, on en doit conclure que le payement promis n'aura pas été effectué; en effet, si l'acheteur avait payé, il n'aurait pas manqué de retirer son double, puisque c'est son titre et qu'il contient les quittances des payements qu'il a faits (1).

N° 3. DES MENTIONS LIBÉRATOIRES ÉCRITES SUR UNE QUITTANCE.

364. Lorsque le débiteur a des payements successifs à faire, soit des intérêts, soit des prestations périodiques, arrérages ou loyers, le créancier inscrit sur une feuille de papier les payements faits par le débiteur au fur et à mesure qu'il les reçoit. A quelle condition ces mentions libératoires font-elles foi? Le deuxième alinéa de l'article 1332 répond à la question, mais la rédaction est fautive, parce que le législateur a compris dans une seule et même disposition deux hypothèses différentes, celle de l'écriture mise sur le double d'un titre et celle de l'écriture mise sur une quittance : « Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos ou en marge, ou à la suite du *double d'un titre* ou d'*une quittance*, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur. » Cette condition, d'après le texte même, ne reçoit d'application qu'aux *doubles;* on ne peut pas l'appliquer aux *quittances,* car les quittances ne se font pas en double. La loi s'exprime encore inexactement en parlant d'écritures mises par le créancier *au dos* ou *en marge* d'une quittance; les reçus s'inscrivent les uns à la suite des autres. Sous quelle condition font-ils foi? Régulièrement ils sont datés et signés; alors ils forment une série d'*actes* faisant pleine preuve. Ce n'est pas là l'hypothèse de l'article 1332, le deuxième alinéa se réfère au premier; il suppose donc des écritures non signées ni datées; elles font néanmoins foi de la libération du débiteur, pourvu qu'elles soient écrites par le créancier. La loi n'exige pas d'autres conditions pour les mentions libératoires écrites sur une quittance. Ainsi le ven-

(1) Mourlon, t. II, p. 829, n° 1579.

deur donne une quittance datée et signée à l'acheteur constatant que celui-ci a payé une partie du prix; puis, à la suite de cette quittance il inscrit le payement des intérêts que l'acheteur paye pour la partie du prix dont il reste débiteur; ces mentions libératoires font foi quoique non signées ni datées. La loi n'exige qu'une condition, c'est une *quittance*, donc un *acte signé* et, à la suite de cette quittance, des mentions libératoires. Peu importe que la quittance se trouve entre les mains du créancier ou du débiteur; la loi fait cette distinction pour les *doubles*, elle ne la fait pas pour les *quittances*, et il n'y avait pas lieu de distinguer : les quittances ne sont présentées au créancier qu'au moment où le débiteur effectue un payement, les mentions libératoires que le créancier y inscrit prouvent donc toujours un payement reçu et non un payement à recevoir. Ce point est cependant controversé, et il reste douteux à cause de la mauvaise rédaction de la loi. Nous suivons l'opinion qui est conforme au texte : le texte n'exige pas que la quittance se trouve entre les mains du débiteur, donc on ne peut pas admettre cette condition(1).

§ IV. *Des tailles.*

365. « Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font et reçoivent en détail » (art. 1333). Jaubert, le rapporteur du Tribunat, donne l'explication de cette singulière disposition : « On appelle tailles, dit-il, les deux parties d'un morceau de bois fendu en deux dont deux personnes se servent pour marquer la quantité de fournitures que l'une des deux fait journellement à l'autre. Pour cet effet, le fournisseur et le consommateur ont chacun un morceau de bois. Le morceau que le marchand a par devers lui s'appelle proprement *taille*, l'autre se nomme *échantillon*. Lors des fournitures on joint les deux parties du morceau de bois et on y fait

(1) Larombière, t. IV, p. 512, n° 8 de l'article 1332 (Ed. B., t. III, p. 89). En sens contraire, Demante, t. V, p. 572, n° 297, et Marcadé, t. V, p. 75, n° IV de l'article 1332.

des coches qui marquent la quantité des fournitures : telles sont les tailles des boulangers (1). » Pourquoi les tailles font-elles foi? Il est difficile qu'il y ait une erreur au préjudice de l'une des parties; c'est au moment même de la fourniture, donc sous les yeux des parties, que les deux morceaux de bois sont entaillés; l'acheteur ne peut plus effacer cette échancrure et le vendeur ne peut ajouter des coches, puisqu'il n'a pas l'échantillon par devers lui; et dès qu'il n'y a pas correspondance exacte entre les coches qui se trouvent sur les deux morceaux de bois, il n'y a pas de preuve.

366. A quelles conditions les tailles font-elles foi? Il faut, d'après l'article 1333, que les parties soient dans l'usage de constater ainsi les fournitures de détail qu'elles font et reçoivent. Cet usage doit être prouvé s'il est contesté. De plus, la valeur des coches doit être établie, il faut que l'on sache, quand c'est un boulanger qui est le fournisseur, si chaque coche marque un pain et quel pain, ou si elle marque un kilo, et de quelle qualité est le pain. Comment se fera cette preuve? On admet qu'elle peut se faire par témoins, c'est la conséquence nécessaire de ce mode de preuve; il s'est introduit et il s'est perpétué, parce que les parties contractantes ne savaient pas écrire, ou parce qu'il est plus simple de faire une coche que d'écrire pour des personnes qui n'ont pas l'habitude de l'écriture; il faut donc aussi leur permettre de prouver par témoins les usages des lieux (2). Exiger un écrit pour la preuve préalable, ce serait rendre la preuve par tailles impossible pour les personnes illettrées; or, c'est précisément en leur faveur que la loi a maintenu un genre de preuve que l'ignorance a rendu nécessaire.

367. Pour que la preuve par tailles puisse se faire, il faut que les deux morceaux de bois soient représentés, afin de compter le nombre des coches. Il se peut que l'acheteur ne représente pas l'échantillon : la taille fera-t-elle preuve dans ce cas? Si l'acheteur prétend qu'il n'a

(1) Jaubert, Rapport, n° 19 (Locré, t. VI, p. 229).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 576, n° 298 *bis* IV.

jamais eu d'échantillon, le marchand sera admis à la preuve contraire; s'il ne parvient pas à établir qu'il y a eu un échantillon, il va de soi que la taille qu'il produit ne fera aucune preuve. Mais si le vendeur prouve qu'il y avait un échantillon et que l'acheteur s'en est servi en recevant des fournitures, le juge pourra voir dans la taille une demi-preuve suffisante pour déférer le serment supplétoire au marchand. Nous n'oserions pas décider, comme le fait Mourlon, que la taille fait preuve à elle seule, car il n'y a pas de texte qui le dise et, en matière de preuves, l'interprète ne peut pas ajouter à la loi. Il en serait de même si l'acheteur prétendait avoir perdu l'échantillon et contestait le nombre des fournitures (1). La coutume de Tournai tenait, dans ces cas, la taille pour *vérifiée;* c'était une présomption légale que le législateur seul a le droit d'établir (2).

368. Les tailles font-elle foi comme les écrits, quel que soit le montant des fournitures? Il faut admettre l'affirmative, puisque le code place les tailles parmi les écritures qui constituent une preuve littérale. On peut dire, en effet, que c'est une écriture rudimentaire et abrégée, chaque coche représentant une unité de fournitures (3).

§ V. *Des copies des titres.*

N° 1. DU TITRE ORIGINAL ET DES COPIES.

369. Les articles 1334-1336 traitent de la force probante des *copies des titres.* De quels *titres* s'agit-il? La loi se sert par préférence du mot *titre* pour indiquer un acte authentique; par *copies,* il faut donc entendre les copies des actes authentiques. Le texte de l'article 1335 confirme cette interprétation; il ne reçoit d'application qu'aux actes authentiques. Les copies des actes sous seing privé ne font aucune foi. Cela est certain quand les copies sont faites par les parties contractantes; la loi n'ac-

(1) Comparez Mourlon, t. II, p. 831, n° 1580.
(2) Comparez Duranton, t. XIII, p. 242, n° 234.
(3) Pothier, *Obligations,* n° 764; Mourlon, t. II, p. 830, n° 1580.

corde foi aux écritures sous seing privé que sous les conditions qu'elle détermine, et aucun texte ne donne aux particuliers le droit de tirer des copies qui fassent foi en cas de perte de l'original. La loi ne donne pas même ce droit aux officiers publics. On admet, comme nous l'avons dit ailleurs, que les actes sous seing privé *déposés* chez un notaire deviennent authentiques; dans notre opinion, cela n'est vrai que lorsque les actes ont été *reconnus* devant notaire. Il va de soi que, dans ce cas, le notaire en peut délivrer des copies (1).

370. L'article 1334 porte que « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée. » Cette règle, dit Pothier, est commune à toutes les copies; elle est fondée sur la défense qui est imposée aux notaires de rien ajouter, même sous prétexte d'interprétation, dans les grosses et expéditions qu'ils délivrent, à ce qui est contenu dans la minute originale. Il ne peut donc guère y avoir de question sur la foi que méritent les copies lorsque le titre original subsiste ; car si l'on conteste ce qu'elles contiennent, on peut avoir recours à l'acte original (2). Si la partie contre laquelle on veut faire usage de la copie ne demande pas la représentation de l'original, son silence est un aveu tacite de l'exactitude de la copie; dans ce cas, la copie fera preuve, parce que la partie intéressée l'accepte comme étant conforme à l'original.

L'article 1334 dit que la représentation du titre original peut toujours être exigée. Donc, quand elle est demandée, le tribunal ne peut pas la refuser, par le motif ou le prétexte qu'elle entraverait le cours de la justice. La cour de Poitiers avait refusé de faire droit à la demande de représentation de la minute, parce que les demandeurs n'opposaient contre l'expédition que de simples allégations qui ne pouvaient prévaloir sur l'authenticité

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 393, nos 412 et 414. Marcadé, t. V, p. 78, no I de l'article 1334. Larombière, t. IV, p. 552, no 24 de l'article 1334 (Ed. B., t. III, p. 93).
(2) Pothier, *Des obligations*, no 765.

de l'expédition. C'était violer l'article 1334. L'arrêt a été cassé ; la cour de cassation décida que la loi ne subordonnait la représentation de l'original à aucune condition, ni à l'authenticité de la copie, ni à un commencement de preuve de la non-conformité alléguée (1).

Est-ce à dire que le tribunal doive nécessairement ordonner la représentation de la minute, alors même qu'il se trouve suffisamment éclairé? En principe, le juge n'est pas obligé d'ordonner une preuve qui serait frustratoire. Toutefois, les termes absolus de l'article 1334 rendent la question douteuse, en ce qui concerne la représentation de l'original (2). La cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt qui avait refusé la représentation demandée, mais c'est dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. D'abord il s'agissait d'un acte de l'état civil reçu à l'étranger; la cour pouvait-elle ordonner la représentation de l'original, alors qu'il s'agissait d'un acte émané d'une souveraineté étrangère? Il est même douteux que l'article 1334 s'applique aux registres de l'état civil. Puis, dans l'espèce, il y avait eu une longue et minutieuse procédure en faux à l'occasion de laquelle, tant les copies que les originaux, dont la représentation était réclamée, avaient passé sous les yeux des juges et de tous les intéressés, les actes avaient été examinés soigneusement et comparés et aucune différence essentielle n'avait été signalée entre les originaux et les copies. La cour de cassation dit que, d'après l'ensemble de ces faits et circonstances, la cour de Bourges avait pu refuser la représentation des originaux sans violer l'article 1334. C'est donc un arrêt d'espèce; en principe, il faut s'en tenir à la disposition formelle de la loi (3).

371. La représentation du titre original peut toujours être exigée, bien entendu si la chose est possible. Lorsque le titre original n'existe plus, dit l'article 1335, les

(1) Cassation, 15 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Jugement*, n° 260).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 417, § 760.

(3) Rejet, 9 novembre 1846 (Dalloz, 1846, 1, 337). Marcadé, chargé de soutenir le pourvoi, croyait la cassation certaine, dit-il (t. V, p. 79, n° I de l'article 1334).

copies font foi d'après les distinctions que la loi établit. Il se présente, dans ce cas, une difficulté de preuve. Celui à qui on oppose une copie à le droit de demander la représentation de la minute; ce n'est pas à lui de prouver que la minute existe; son droit est absolu, la loi ne le subordonne à aucune condition. Cela est aussi fondé en raison; toute copie suppose un original, et régulièrement l'original existe; donc c'est à celui qui produit une copie que doit incomber la preuve de l'impossibilité où il se trouve de produire l'original. Il doit donc prouver que l'original n'existe plus. Reste à savoir en quoi consiste cette preuve. Il a été jugé qu'il suffit qu'il soit reconnu que l'original n'existe plus pour que la copie fasse foi; il n'est donc pas nécessaire que celui qui produit la copie prouve le cas fortuit qui a fait périr l'original et bien moins encore la teneur et la régularité de l'original (1). Quand la loi veut cette preuve difficile, elle le dit (article 1348, n° 4). Dans l'espèce, cette preuve rigoureuse était inutile; il suffit qu'il soit constaté que la minute n'existe plus dans les dépôts où elle devrait se trouver; dans ce cas, les copies font foi; c'est la copie qui doit être régulière en la forme, ce qui fait présumer que l'original aussi était régulier. La doctrine est en harmonie avec la jurisprudence (2).

N° 2. DE LA FORCE PROBANTE DES COPIES.

I. *Des copies de l'article* 1335, 1°.

372. Aux termes de l'article 1335, 1°, « les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original. » On entend par *grosse* l'expédition munie de la formule exécutoire que le notaire délivre aux parties contractantes; la minute reste entre ses mains et il ne lui est pas permis de s'en dessaisir. C'est donc la grosse qui constitue le véritable titre des parties, voilà pourquoi la

(1) Rejet, 10 novembre 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4278, 1°).
(2) Larombière, t. IV, p. 529, n° 6 de l'article 1334 (Ed. B., t. III, p. 96). Comparez Duranton, t. XIII, p. 24[illegible], n° 241.

de l'expéd
cassé ; le
donnait
ni à l'a
preuv
Es
don
se t
pa
T
c

grosse a la même force probante que l'original ; elle a même plus de force que la minute, car elle est exécutoire, tandis que la minute ne l'est point. Toullier explique très-bien pourquoi la grosse, quoique n'étant qu'une copie, fait la même foi que le titre original. En arrêtant la convention et en signant la minute qui doit rester déposée chez le notaire, les parties le requièrent, au moins tacitement, d'en délivrer à chacun d'eux une grosse qui leur tient lieu d'original, puisqu'il ne leur est pas permis de faire usage de la minute. La loi ne voulant pas que le notaire remette la minute aux parties, il est juste, il est nécessaire qu'il leur donne une expédition qui tienne lieu de l'original que jadis le notaire leur remettait. Les actes notariés perdraient de leur valeur si la grosse, le seul titre qui soit remis aux parties, ne remplaçait pas l'original que la loi défend de leur remettre. Régulièrement la minute se trouvera chez le notaire qui a reçu l'acte ou chez son successeur ; les parties peuvent donc en exiger la représentation. Dans les cas rares où la minute n'existe plus, la grosse doit faire la même foi que le titre original ; pour garantie de la conformité de la copie et de la minute, on a l'attestation de l'officier public choisi par les parties pour recevoir et rédiger leurs conventions et qui, presque immédiatement après la signature, atteste sur une réquisition qu'il en a reçu l'acte et que la grosse qu'il leur en délivre par suite de son ministère est conforme à l'original dont il est dépositaire (1).

373. L'article 1335 dit : « Les grosses ou premières expéditions. » Y a-t-il une différence entre la *première expédition* et la *grosse?* La question est controversée. Il faut s'en tenir, nous semble-t-il, à l'explication que donne l'orateur du gouvernement : « On ne peut révoquer en doute, dit-il, que les grosses ou premières expéditions n'aient été prises sur la minute même ; elles sont en quelque sorte considérées dans les mains des contractants comme le titre original, et déjà on a vu que la remise

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 403, n° 429.

volontaire, qui en est faite au débiteur, fait présumer le payement » (art. 1283). On voit que Bigot-Préameneu met absolument sur la même ligne les grosses et les premières expéditions; la grosse est la première expédition que le notaire délivre munie de la formule exécutoire; les mots *première expédition* sont donc une définition de la grosse. On peut ajouter, ce qui prouve encore l'identité des deux expressions, que l'on se servait du mot *grosse* dans les pays de droit coutumier, tandis que dans les pays de droit écrit on disait *première expédition* (1).

374. Après avoir dit que les grosses font la même foi que l'original, l'article 1335 ajoute: « Il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées. » Deux conditions sont donc requises pour que ces copies fassent la même foi que la minute : une ordonnance du juge et la présence des parties. Pothier explique comment on procède. Requête est présentée au président du tribunal qui rend une ordonnance portant que tel jour, à telle heure et en tel lieu, copie sera délivrée par le notaire et que les parties intéressées seront sommées de s'y trouver. En conséquence, sommation leur est adressée et la copie est délivrée au réclamant, que les parties se présentent ou ne se présentent pas. L'expédition ainsi délivrée s'appelle *copie en forme*. Telle est la marche la plus simple. Comme la loi ne la prescrit point, les parties peuvent aussi procéder par voie de citation et de débat contradictoire en justice. Pourquoi les *copies en forme* font-elles la même foi que la minute? Toullier répond que la foi repose sur le témoignage de l'officier public, témoignage donné en présence des parties, lesquelles ont vérifié ou pu vérifier par elles-mêmes la conformité de la copie et de l'original. Quant aux parties qui ne se sont pas présentées, c'est leur faute si elles n'ont pas pu vérifier, elles

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 182 (Locré, t. VI, p. 202). Larombière, t. IV, p. 532, n° 1 de l'article 1335 (Ed. B., t. III, p. 97). Comparez Toullier, t. IV, 2, p. 395, n° 418, et p. 396, n° 421, et Marcadé, t. V, p. 82, qui donnent une autre explication

étaient appelées, et elles doivent subir les conséquences de leur négligence (1).

375. Font encore la même foi que l'original « les copies qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque » (art. 1335, 1°). Ces copies, dit l'Exposé des motifs, sont en quelque sorte leur propre fait; elles ont vérifié ou pu vérifier l'original, et comme elles y sont principalement intéressées, on doit admettre que la copie est exacte. Il ne suffit point, dans ce cas, que les parties aient été appelées; la loi exige leur présence. Et leur présence matérielle serait également insuffisante, il faut qu'elles consentent; c'est ce que le notaire constate dans l'expédition qu'il délivre. La copie ne ferait plus la même foi que la minute, si l'une des parties ne s'était pas présentée ou si elle avait refusé son consentement. Il n'y a qu'un moyen de passer outre, c'est de demander une ordonnance du juge (2).

376. Dumoulin et, d'après lui, Pothier faisaient une différence entre les grosses et les copies faites sur l'autorité du magistrat ou sur le consentement des parties, quant à la foi qu'elles font. La grosse, disent-ils, fait pleine foi de la date de l'acte original aussi bien que de son contenu, tandis que les autres copies ne font foi que de la date de la copie. Dumoulin donne comme raison que la copie faite en vertu de l'ordonnance du juge faisant foi à cause de cette ordonnance, il en résulte qu'il y a acte judiciaire, chose jugée, dont l'autorité ne s'étend pas aux tiers qui n'ont pas été parties en cause, et si la copie a été tirée du consentement des parties, il y a convention, et le contrat, pas plus que le jugement, ne peut préjudicier aux tiers. C'est l'argument que nous avons fait valoir contre la force probante que l'on attribue aux actes sous seing privé à l'égard des tiers en vertu de la reconnaissance ou de la vérification judiciaire (n° 271). Le code n'admet pas cette théorie, au moins pour les copies, car l'article 1335 les met absolument sur la même

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 766. Larombière, t. IV, p. 536, n° 4 de l'article 1335 (Ed. B., t. III, p. 99). Toullier, t. IV, 2, p. 405, n° 430.
(2) Larombière, t. IV, p. 537, n° 6 de l'article 1335 (Ed. B., t. III, p. 99).

ligne que la grosse. Il y a une raison de cela dont Dumoulin a eu tort de ne pas tenir compte, c'est que le principal témoignage vient du notaire qui atteste la conformité de la copie avec l'original; ce n'est pas le juge qui témoigne et, quant aux parties, elles n'interviennent que pour vérifier l'original et sa conformité avec la copie. Il nous semble donc que la théorie du code est plus rationnelle. Toullier est le seul auteur qui se soit prononcé pour l'opinion de Dumoulin (1).

II. *Des copies de l'article* 1335, n° 2.

377. La loi suppose qu'une copie est tirée après la délivrance de la grosse sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties. Quelle foi fera-t-elle? Si elle est tirée sur la minute par le notaire qui a reçu l'acte, ou par l'un de ses successeurs, ou par un officier public qui, en cette qualité, est dépositaire de la minute, elle peut, en cas de perte de l'original, faire foi quand elle est ancienne. Elle est considérée comme ancienne lorsqu'elle a plus de trente ans; si elle a moins de trente ans, elle ne peut servir que de commencement de preuve par écrit (art. 1335, n° 2).

Pourquoi des copies, quoique tirées sur la minute et par un officier public qui a reçu l'acte ou qui en est le dépositaire légal, ne font-elles pas la même foi que l'acte original? La raison est, dit Pothier, que cette copie prouve bien qu'il y a un original sur lequel elle a été tirée; mais n'ayant pas été tirée avec moi, elle ne prouve point contre moi que l'original sur lequel elle a été tirée et qu'on ne représente point avait tous les caractères nécessaires pour faire foi; elle ne prouve pas que ma signature, que l'on dit dans la copie s'être trouvée au bas de l'original, fût effectivement ma signature. Cela est vrai, mais cette raison ne prouve-t-elle pas trop? Si une copie tirée aujourd'hui ne prouve pas que j'ai signé la minute, pourquoi fera-t-elle preuve quand elle aura trente

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 405, n° 430. En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 251, n° 244 et tous les auteurs.

ans? Pothier répond que les copies anciennes énoncent qu'il y a eu un original en règle; il faut donc appliquer l'adage d'après lequel *in antiquis enuntiativa probant* (1). Si tel est le motif de la loi, elle est en contradiction avec les nouveaux principes; en effet, le code n'admet point la maxime *in antiquis enuntiativa probant* et il en consacre une conséquence dans l'article 1335, n° 2.

L'orateur du gouvernement reproduit la raison donnée par Pothier, et il ajoute que si la copie est ancienne, on ne peut pas supposer qu'elle ait éte faite en vue d'une fraude quelconque, car on ne prépare pas une fraude trente ans à l'avance (2). Ce motif est rejeté par tous les auteurs; il n'a pas grande force, à notre avis. Si la loi n'ajoute pas foi à une copie qui a moins de trente ans de date, ce n'est pas parce qu'elle soupçonne la fraude, le dol ne se présume jamais, mais étant faite hors la présence des parties intéressées, elle mérite moins de foi, par cela seul qu'elle n'a pu être vérifiée; c'est une question de négligence et non de mauvaise foi, mais la négligence ne se corrige pas par le temps; on ne voit donc pas pourquoi une copie présumée inexacte dans le principe acquiert force probante après trente ans.

378. L'article 1335 dit que les copies anciennes *peuvent faire foi*. Cela veut-il dire que la force probante dépend de l'appréciation du juge? Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté la théorie des copies, dit que les copies anciennes *font foi contre tous*, et l'on ne voit pas que le législateur ait entendu déroger à cette opinion, puisque l'Exposé des motifs reproduit les raisons données par Pothier (3). Il faut donc dire que les mots *peuvent faire foi* signifient que les copies anciennes, à la différence des copies qui ont moins de trente ans, ont force probante (4).

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 770 et 771.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 202 (Locré, t. VI, p. 183). Toullier donne une autre raison qui ne vaut guère mieux (t. IV. p. 408, n° 433) et Larombière, en guise de raison, fait la paraphrase du texte t. IV, p 535, n° 3 de l'article 1335) (Ed. B., t. III. p 98).
(3) Larombière, t. IV, p. 545, n° 16 de l'article 1335 (Ed. B., t. III, p. 102).
(4) Duranton, t. XIII. p. 254, n° 246.

Si les copies ont moins de trente ans, dit l'art. 1335, n° 2, elles ne *peuvent* servir que de commencement de preuve par écrit. Voilà encore le mot *pouvoir*. Comment faut-il l'interpréter? Duranton dit que les juges ne sont pas obligés d'admettre ces copies à titre de commencement de preuve, si leur conviction s'y oppose. Il nous semble que cela est trop absolu. La copie est admise comme écrit susceptible de former un commencement de preuve par écrit, quoiqu'elle n'émane pas de la partie à laquelle on l'oppose. Ce n'est pas à dire que la copie *doive* nécessairement être acceptée par le juge comme formant un commencement de preuve par écrit. Il y a dans le commencement de preuve un élément qui est toujours abandonné à l'appréciation des tribunaux, c'est la probabilité du fait litigieux qui permet de recevoir la preuve par témoins. En ce sens, il est vrai de dire qu'il appartient au juge d'apprécier la copie, fût-elle ancienne, et de déclarer qu'elle ne rend pas probable le fait allégué.

III. *Des copies du n° 3 de l'article* 1335.

379. La loi suppose qu'une copie a été tirée sur la minute par un notaire autre que celui qui a reçu l'acte ou son successeur, ou par un officier public dépositaire des minutes. Tous les auteurs remarquent que ce cas se présentera rarement. Autrefois les notaires remettaient aux parties les minutes des actes après les avoir copiés au long sur les registres ou protocoles qu'ils étaient obligés de tenir; il arrivait alors fréquemment que les parties saisies de la minute la présentaient à un notaire autre que celui qui avait reçu l'acte pour en tirer une copie. Mais la loi du 25 ventôse an XI défend aux notaires de se dessaisir de la minute des actes qu'ils ont reçus (art. 22); il est donc difficile que la copie d'un acte soit tirée par un autre notaire que le dépositaire de la minute(1). Quelle sera la force probante de ces copies?

L'article 1335, n° 3, répond qu'elles ne pourront servir,

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 411, n° 437.

quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit. Que signifient ces mots : *quelle que soit leur ancienneté?* Le sens naturel est que ces copies, quand même elles seraient *anciennes,* c'est-à-dire quand même elles auraient plus de trente ans de date, ne pourront néanmoins servir que de commencement de preuve; d'où suit qu'anciennes ou non, elles ont toujours la même force probante. Cela n'est pas en harmonie avec la règle qui sert de base à l'article 1335, n° 2 : *In antiquis enuntiativa probant.* Il en résulte encore une autre anomalie, à savoir que les copies faites par un notaire qui n'est pas dépositaire de la minute, quand elles ne sont pas anciennes, ont la même foi que les copies faites par les dépositaires de la minute, c'est-à-dire lorsqu'elles ont plus de trente ans. Pour échapper à cette dernière contradiction, Duranton interprète le n° 3 en ce sens que les copies dont il y est traité n'acquièrent force probante que lorsqu'elles sont anciennes. Mais cette interprétation est contraire au texte de la loi; la doctrine (1) et la jurisprudence se sont prononcées pour l'opinion contraire (2).

IV. *Des copies du n° 4 de l'article* 1335.

380. « Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements » (art. 1335, n° 4). Qu'est-ce que la loi entend par *copies de copies?* Ce sont des copies tirées sur une grosse ou une expédition par un officier public. Il arrive quelquefois, dit Toullier, qu'une personne, éloignée de son domicile pour ses affaires, se trouve avoir besoin d'un double de la grosse ou de l'expédition d'un acte dont elle est saisie et qu'il est nécessaire de produire en même temps dans plusieurs lieux. Elle s'adresse à un notaire de l'endroit et le prie de tirer une copie certifiée conforme à l'expédition qu'elle lui remet. La copie d'une copie dont parle la loi est donc une copie tirée par un officier public ayant droit

(1) Larombière, t. IV, p. 542, n° 13 de l'article 1335 (Ed. B., t. IV, p. 101). En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 256, n° 248.
(2) Montpellier, 22 février 1831 (Dalloz, au mot *Obligations,* n° 4379).

d'instrumenter, c'est-à-dire un notaire. Quant aux copies tirées par des personnes privées ou, ce qui revient au même, par des officiers publics qui n'ont pas qualité d'instrumenter, la loi n'en parle pas, parce qu'elles ne font aucune foi; Pothier les appelle des copies absolument informes (1).

381. Quand les copies de copies sont tirées par un notaire, la loi dit qu'elles pourront, suivant les circonstances, être considérées comme de *simples renseignements*. Dumoulin compare la certification du notaire qui tire une copie sur une première copie à la déposition d'un témoin qui ne dépose que sur la foi d'autrui, ou sur un ouï-dire. Or, de pareils témoignages ne font pas preuve, sauf dans les cas très-exceptionnels où la loi admet la preuve par commune renommée. Il est difficile de préciser le sens des mots *simples renseignements* dont se sert l'article 1335, n° 4. Il est certain qu'un simple renseignement n'est pas un commencement de preuve par écrit. On a dit que *peut-être* il autorisait le juge à déférer le serment supplétoire (2); cela est très-douteux, car l'article 1367 exige un commencement de preuve ou une demi-preuve; et peut-on dire qu'un simple renseignement soit une preuve quelconque? Tout ce qu'il est permis d'en induire, c'est que les juges y peuvent puiser des présomptions, parce que les présomptions sont entièrement abandonnées à leur sagesse.

V. *De la transcription.*

382. La transcription est la copie littérale d'un acte faite, sur un registre à ce destiné, par un officier public que l'on appelle le conservateur des hypothèques. D'après notre nouvelle loi hypothécaire, tous les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers doivent être transcrits, ainsi que les baux de plus de neuf ans et les baux qui constatent un payement anticipatif de trois ans

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 416, n° 439 et p. 420, n° 443. Pothier, *Des obligations*, n° 740.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 578, n° 304 *bis*.

de loyer; on n'admet à la transcription que les actes authentiques (art. 1 et 2). La transcription étant la copie littérale d'un acte authentique faite par un officier public non dépositaire de l'acte, rentre dans la catégorie des copies de copies. La loi n'y attache, en principe, aucune force probante. Pothier en dit la raison : l'officier public qui transcrit l'acte n'a aucun moyen de s'assurer si l'écrit qu'on lui présente émane du notaire dont il porte la signature; dès que l'acte a les caractères extérieurs de l'authenticité, il doit le recevoir et en faire la transcription. Un faussaire pourrait donc fabriquer un acte de donation ou de vente, qu'il ferait transcrire, et détruire ensuite l'acte pour empêcher la preuve du faux (1).

Cependant l'article 1336 attache à la transcription plus de foi qu'aux copies de copies; celles-ci sont considérées, suivant les circonstances, comme simples renseignements; tandis que la loi dit de la transcription qu'elle pourra servir de commencement de preuve par écrit; la loi lui attribue donc la même foi qu'aux secondes expéditions tirées par un notaire (art. 1335, n° 2). Mais les termes de l'article 1336 impliquent que le législateur a peu de confiance dans les copies faites par le conservateur. « La transcription, dit l'article 1336, *ne* pourra servir *que* de commencement de preuve par écrit, *et il faudra même pour cela...* » Suivent les conditions exigées par la loi; elles sont rigoureuses et destinées à prouver que l'acte a réellement existé et qu'il a péri par accident.

383. Quand on allègue la transcription comme preuve, cela suppose que l'original n'existe plus. Cet original est la minute d'un acte notarié. Comment se fait-il que la minute ne se retrouve point? Voilà un premier soupçon qui s'élève; la loi y répond : « Il faut qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été passé, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a eu lieu par un accident particulier. » La loi n'exige pas cette preuve

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 772. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 203 (Locré, t. VI, p. 183).

pour les copies dressées par les notaires dans les divers cas prévus par l'article 1335; elle se montre donc plus défiante pour les actes transcrits par le conservateur des hypothèques que pour les copies délivrées par les notaires; sans doute parce que les notaires connaissent d'ordinaire les signatures mises au bas de l'acte dont ils sont appelés à délivrer une copie, tandis que le conservateur peut ne pas les connaître.

La loi exige une seconde condition, c'est qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la date qu'il porte. On entend par répertoire un registre où les notaires inscrivent jour par jour, sans blanc ni interligne et par ordre de numéro, tous les contrats et actes qu'ils reçoivent. L'inscription des actes sur le répertoire empêche les notaires d'antidater les actes et en prévient la soustraction. Elle offre une garantie précieuse dans l'hypothèse prévue par l'article 1336. Un acte est transcrit sur les registres du conservateur, on ne représente pas l'original; mais on prouve d'abord que les papiers et minutes du notaire qui l'a reçu ont péri, et le double du répertoire, signé de lui, se retrouve au greffe du tribunal. Ce répertoire s'accorde avec le registre du conservateur; on peut encore consulter le registre du receveur de l'enregistrement, puisque l'acte a dû être enregistré; si tous ces renseignements concordent, il en résultera certes un commencement de preuve par écrit constatant que l'acte transcrit est sincère; cette preuve sera encore confirmée par les témoignages de ceux qui ont assisté à la rédaction de l'acte.

L'article 1336 exige, en effet, une dernière condition: « Lorsque au moyen du concours de ces deux circonstances la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins à l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. » Pothier ajoute que si les témoins instrumentaires n'existent plus, il ne suffira pas de faire entendre des témoins qui aient seulement vu l'acte dont il s'agit, soit entre les mains du notaire, soit entre les mains des parties; les témoins qui ne font que voir un acte ne savent pas s'il est véritable et s'il est revêtu des formes légales;

il faut donc, et c'est l'avis de Toullier, que l'on fasse entendre des témoins qui aient lu l'acte ou qui en aient appris les clauses des parties intéressées (1). Il nous semble qu'il y a là un vrai luxe de défiance. Les auteurs du code qui ont suivi Pothier en cette matière n'ayant pas reproduit les conditions sévères qu'il exige, il est certain qu'elles ne lient pas le juge; ce n'est qu'un conseil de prudence, et c'est à ce titre que nous le reproduisons.

VI. *De l'enregistrement.*

384. La loi ne parle pas de l'enregistrement. On demande s'il fait la même foi que la transcription. C'est une de ces questions que l'on ne devrait pas même débattre à l'école, bien moins encore devant les tribunaux. Elle est cependant controversée et en doctrine et en jurisprudence. A notre avis, elle n'est pas douteuse; le silence de la loi suffit pour la décider. Peut-il y avoir d'autres preuves que celles que la loi consacre? Tout est de stricte interprétation en matière de preuves, et surtout les dispositions qui admettent des preuves exceptionnelles; or, tels sont certes les articles 1335 et 1336, et notamment le dernier article. La loi accorde, et à grande peine, une certaine force probante aux copies de copies, et quand c'est le conservateur des hypothèques qui les fait, elle exige les conditions les plus rigoureuses. Or, la mention que fait le receveur de l'enregistrement n'est pas une copie, c'est une énonciation sommaire de la nature de l'acte qui a pour objet de déterminer le montant des droits à percevoir. Le seul effet juridique que la loi attache à l'enregistrement, c'est qu'il donne date certaine aux actes enregistrés. Aller au delà, c'est faire la loi. Qu'en théorie l'enregistrement suffise pour former un commencement de preuve par écrit, peu nous importe; nous renvoyons ces considérations au législateur, l'interprète n'a pas le droit d'en tenir compte.

Delvincourt a énoncé l'opinion contraire, et Duranton a

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 772. Toullier, t. IV, 2, p. 436, n° 471.

essayé de la justifier : mais Toullier dit avec raison que ses propres raisonnements suffisent pour le réfuter. Toullier pose en principe, c'est la loi qui le dit, que l'écriture doit émaner de celui à qui on l'oppose pour qu'elle puisse servir de commencement de preuve ; c'est par exception que la loi admet les copies à ce titre ; or, l'article 1336 ne parle que de la transcription, c'est-à-dire de la copie complète et littérale de l'acte ; donc on ne peut l'étendre à la mention de l'enregistrement. Telle n'est pas la conclusion de Duranton : il dit qu'on peut, sans inconvénients sérieux, admettre l'enregistrement des actes comme commencement de preuve parce que l'enregistrement rend le fait allégué plus probable qu'une simple copie tirée par tout autre que l'officier compétent. *Sans inconvénients sérieux!* N'est-ce pas plus qu'un inconvénient que de se mettre au-dessus de la loi? Est-ce ainsi que les interprètes témoigneront leur respect pour la volonté souveraine du législateur? Concluons avec Toullier que la loi a décidé, et que nous devons nous tenir à sa décision (1).

La jurisprudence est divisée. Il a été jugé que l'extrait de l'enregistrement ne peut suppléer l'acte de vente. Cela est d'évidence. Cependant le tribunal de première instance avait décidé le contraire, et l'arrêt qui infirma le jugement fut déféré à la cour de cassation ; il va sans dire qu'il intervint un arrêt de rejet (2).

Il y a des arrêts qui admettent que la mention de l'enregistrement forme un commencement de preuve par écrit (3). Il nous est impossible de les combattre, car ils ne sont pas motivés ; les cours affirment ; nous affirmons le contraire, mais nous le prouvons. Il y a un arrêt dans le sens de notre opinion, également sans motif (4). Dans ces termes-là, la jurisprudence est sans autorité aucune.

383. Il est encore certain que l'enregistrement des

(1) Toullier, t. V, 1, p. 67, n° 72. Colmet de Santerre, t. V, p. 579, n° 305 *bis* III. Aubry et Rau, t. VI, p. 418 et note 7, p. 760. En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 263, n° 255.
(2) Rejet, 28 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1. 470).
(3) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4403.
(4) Bordeaux, 30 novembre 1825 (Dalloz, au mot *Arbitrage*, n° 1183).

actes sous seing privé n'a aucune force probante; l'article 1336, qui admet la transcription à titre de commencement de preuve par écrit, suppose qu'il s'agit d'un acte authentique; il ne peut pas, à raison des conditions qu'il prescrit, recevoir d'application aux actes sous seing privé; donc toute base manque pour argumenter par analogie de la transcription des actes notariés à l'enregistrement des actes sous seing privé : et peut-il y avoir une preuve légale sans loi? La jurisprudence est en ce sens; nous croyons inutile de citer les arrêts (1).

§ VI. *Des actes récognitifs.*

N° 1. ACTE RÉCOGNITIF ET TITRE PRIMORDIAL.

386. L'acte récognitif est celui qui contient la reconnaissance d'un titre antérieur. On l'appelle *titre nouvel* quand il a pour objet d'interrompre la prescription : aux termes de l'article 2263, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nouvel à son créancier après vingt-huit ans de la date du dernier titre. Nous reviendrons sur cette disposition, spéciale aux rentes, en traitant de la *Prescription*. Pour le moment, nous considérons l'acte récognitif comme l'une des preuves littérales admises par le code. L'acte récognitif dont parle l'article 1337 suppose aussi l'existence d'un titre antérieur, que l'on appelle *primordial*. Lorsqu'il s'agit d'une prestation annuelle et perpétuelle, par exemple d'une rente, il arrive souvent, quand la création de la rente remonte à un temps reculé, que les parties intéressées dressent un acte par lequel le débiteur reconnaît l'obligation constatée par le titre primitif. La question est de savoir quelle foi est due à l'acte récognitif (2).

387. Si les parties intéressées conservaient les titres primitifs, il serait tout à fait inutile d'en dresser une reconnaissance. Mais, dit Jaubert, le rapporteur du Tri-

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 4407-4409.
(2) Jaubert, Rapport au Tribunat, n° 23 (Locré, t. VI, p. 230).

bunat, on sait ce qui se passe dans les familles. Il y en a tant où les titres ne se conservent pas. Les partages, les absences, les déplacements de papiers, les accidents qui arrivent chez les notaires, tout cela peut empêcher qu'on ne retrouve ni la minute de l'acte, ni son expédition. C'est en vue de ces chances de perte ou de destruction que les parties dressent un acte récognitif, quand le titre primordial existe encore, ou qu'elles y suppléent, quand il a péri.

Quel rapport y a-t-il entre le titre primordial et l'acte récognitif? Tant que le titre primordial subsiste, il n'y a aucune difficulté; c'est le titre primordial qui fait foi; l'acte récognitif n'est que la reconnaissance de ce titre. De là une première règle que le législateur aurait dû placer en tête de l'article 1337, et qui est formulée par le deuxième alinéa en ces termes : « Ce que les actes récognitifs contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet. » Cette règle résulte de l'essence même de l'acte récognitif; celui qui le souscrit n'entend pas contracter une nouvelle obligation, il reconnaît seulement l'ancienne, telle qu'elle est constatée par le titre primordial. Si donc il y a une différence entre l'acte récognitif et le titre primordial, il suffira de représenter celui-ci pour prouver qu'une erreur s'est glissée dans la reconnaissance qui en a été faite; le titre primordial l'emportera sur l'acte récognitif. Le code le dit pour ce que l'acte récognitif contient *de plus* ou *de différent;* ce sont les expressions de Pothier que le législateur a suivi pas à pas. Pothier prévoit aussi le cas où l'acte récognitif contiendrait quelque chose de *moins* que le titre primordial; d'après lui, s'il y a plusieurs reconnaissances conformes et qui remontent à trente ans, le créancier ne peut pas réclamer ce qui est porté dans le titre primordial et ce qui manque dans la reconnaissance, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus (1). Faut-il encore suivre cette opinion de Pothier? La question est controversée et il y a quelque doute; on peut dire que les auteurs du code, ayant reproduit la doctrine de Pothier

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 778 et 779.

MM. Aubry et Rau disent que ce mot *semble* avoir été ajouté dans l'intention d'exiger qu'il résulte de l'ensemble de l'acte récognitif qu'il reproduit les dispositions mêmes du titre primordial (1). C'est une conjecture ; il nous paraît difficile de l'admettre, car elle ajoute une condition à la loi. N'est-il pas plus simple de supposer que le mot *spécialement* rend l'idée exprimée par les mots latins dont Pothier se sert : *In forma speciali?*

Il y a un arrêt de la cour de cassation sur notre question ; la cour est moins exigeante que la doctrine. Elle pose en principe, ce qui nous paraît évident, que la transcription littérale du titre primordial n'est pas une condition essentielle de la validité de l'acte récognitif ; il suffit, dit-elle, que la convention originale s'y trouve relatée dans ses *clauses principales*. N'est-ce pas réduire la *teneur* à la *substance?* La cour constate ensuite que, dans l'espèce, la convention constitutive de la servitude se trouve relatée, dans ses clauses *essentielles*, dans l'acte récognitif, notamment en ce qui concerne la destination, la nature et l'étendue de la servitude dont il s'agit (2).

390. L'article 1337 dispose que le titre récognitif qui relate spécialement la teneur du titre primordial dispense de la représentation de ce titre. C'est la doctrine de Pothier, il faut donc interpréter cette disposition comme Pothier l'entendait : le créancier est dispensé de rapporter le titre primordial au cas où il se trouverait perdu. S'il existe encore, le débiteur en peut exiger la représentation ; il y a intérêt, s'il prétend que l'acte récognitif contient quelque chose de plus ou de différent ; la reconnaissance ne fait foi que de ce qui se trouve dans le titre primordial, à moins que l'intention des parties n'ait été de faire novation ; mais la novation ne se présume pas, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (art. 1273). S'il n'y a pas eu de novation, l'acte récognitif n'est que la reconnaissance ou l'aveu de ce qui se trouve dans le titre primordial ; de là l'intérêt et le droit du débiteur de demander la représentation du titre pri-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 421, note 9, § 760 *bis*.
(2) Rejet, 15 avril 1867 (Dalloz, 1867, 1, 296).

mordial (1). Si le créancier niait que le titre primordial existât encore, le débiteur serait admis à en prouver l'existence par témoins et par présomptions, et si le créancier s'obstinait à ne pas le rapporter, le tribunal pourrait déférer le serment supplétoire au débiteur; il ne faut pas que le débiteur soit à la merci de la mauvaise foi du créancier.

La cour de Pau a cependant jugé, par un arrêt très-bien motivé, que l'acte récognitif dispense, d'une manière absolue, le créancier de la représentation du titre primordial quand même il existerait et quand même il différerait de l'acte récognitif. Il faut distinguer, dit la cour, le cas où le nouveau titre n'a pour objet que de reconnaître l'existence du titre primitif, lequel, dans l'intention des parties, doit continuer à faire foi de leurs conventions; dans ce cas, le débiteur a le droit d'exiger la représentation du titre primordial, puisque l'acte récognitif s'y réfère et ne fait pas foi de ce qui s'y trouve; c'est le cas supposé par Pothier et reproduit par l'article 1337. Mais il se peut aussi qu'un acte soit passé pour remplacer le titre originaire par un nouveau titre, lequel à l'avenir fera seul foi; ce ne sera pas un acte récognitif, ce sera un titre équivalant à un titre primordial; l'ancien titre est annulé et remplacé par le nouveau, il ne peut plus s'agir alors de demander la représentation du titre primitif(2). La distinction est juste, seulement comme il y a, dans ce cas, une espèce de novation quant au titre, il faudra appliquer la règle de l'article 1273, c'est-à-dire que les tribunaux ne l'admettront que si elle résulte clairement de l'acte.

II. *Des actes récognitifs* in forma communi.

391. Le troisième alinéa de l'article 1337 est ainsi conçu : « Néanmoins s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, et dont l'une

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 421, note 10, § 760 *bis*.
(2) Pau, 24 août 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4447), et Rejet, 29 janvier 1829 (Dalloz, au mot *Rentes constituées*, n° 73).

eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. » Cette disposition est mal rédigée. Il faut supposer que l'acte récognitif dont la loi parle ne reproduit pas la teneur du titre primordial; il s'agit donc d'un acte récognitif *in forma communi*; on n'a qu'à comparer le texte du code avec la doctrine de Pothier (1) pour s'en convaincre. Pothier pose comme règle que les reconnaissances *in forma communi* ne prouvent pas l'existence du titre primordial et ne dispensent pas le créancier de le rapporter. C'est ce que suppose aussi l'article 1337, quoique cela ne soit pas dit; la loi le sous-entend, elle prévoit seulement le cas où, par exception, la reconnaissance *in forma communi* dispense le créancier de la représentation du titre primordial. Cette exception est aussi empruntée à Pothier, mais le code la précise en exigeant toujours *plusieurs* reconnaissances conformes, sans toutefois en déterminer le nombre, et il définit ce qu'il faut entendre par reconnaissance *ancienne*, c'est celle qui a trente ans de date. Quelle est, dans ce cas, la force probante de l'acte récognitif? L'article 1337 répond que le créancier *pourra* être dispensé de représenter le titre primordial. En comparant le troisième alinéa au premier, on voit que la loi n'attache pas la même foi à la reconnaissance *in forma communi* qu'à l'acte récognitif *in forma speciali*, alors même qu'il réunit les conditions prescrites par le troisième alinéa. L'acte *in forma speciali dispense* le créancier de représenter le titre primordial, tandis que si l'acte est *in forma communi* et qu'il réunisse les conditions déterminées par la loi, le créancier *pourra* être dispensé de la représentation du titre primordial; ce qui implique que le juge décidera d'après les circonstances si le créancier doit représenter le titre primordial, ou s'il en est dispensé. Il suit de là que l'acte récognitif *in forma communi* ne fait jamais foi par lui-même de l'obligation qui y est relatée. Alors même qu'il y aurait plusieurs reconnaissances conformes, dont l'une a trente ans, et que ces reconnaissances fussent soutenues de la

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 190.

possession, le juge pourrait néanmoins décider que le créancier doit représenter le titre primordial, et si ce titre n'existe plus, le créancier sera sans preuve littérale, malgré les reconnaissances conformes souscrites par le débiteur et malgré la possession qui les confirme.

392. Quelle est la raison de cette rigueur excessive? Constatons d'abord qu'en fait la loi n'est pas aussi rigoureuse qu'elle en a l'air. Supposons que le créancier ne puisse pas représenter le titre primordial, comment prouvera-t-il l'existence de l'obligation? Par une voie très-simple : la preuve testimoniale. En effet, les reconnaissances signées par le débiteur sont un commencement de preuve par écrit, et, par suite, la preuve testimoniale sera admissible. Cette preuve se confondra, en réalité, avec celle de la *possession* que le troisième alinéa de l'article 1337 exige, c'est-à-dire que les témoins constateront l'existence de l'obligation en déposant que la rente a été servie régulièrement. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (1).

393. Toutefois, les dispositions du code sur les actes récognitifs se concilient difficilement avec les principes généraux de droit. Une reconnaissance est un aveu; quand l'aveu est constaté par écrit, il fait pleine foi, c'est, en d'autres mots, un acte qui constate l'existence de l'obligation et qui devrait faire foi comme tout acte authentique ou sous seing privé. Il est vrai qu'il y a une différence entre l'aveu proprement dit et la reconnaissance de l'article 1337. L'aveu porte directement sur l'obligation qu'il s'agit de prouver, tandis que la reconnaissance a pour objet le titre primordial auquel elle se réfère; celui qui signe un acte récognitif n'entend donc reconnaître l'obligation que telle qu'elle se trouve constatée dans le titre primordial. Mais tout ce qui résulte de cette différence, c'est que le titre primordial doit être représenté par le créancier si le débiteur l'exige; si le titre primordial n'existe plus, l'aveu qui en est fait dans l'acte récognitif devrait faire pleine foi, sans distinguer

(1) Angers, 19 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4465). Aubry et Rau, t. VI, p. 420 et note 7, § 760 *bis*.

entre le cas où la teneur du titre primordial y est relatée et le cas où elle n'y est point relatée. Telle était la doctrine de Dumoulin. Toullier a établi ce point avec une véritable évidence. Mais Dumoulin faisait exception au droit commun pour les rentes féodales ; abusant de leur puissance et de l'ignorance des vassaux, les seigneurs aggravaient les charges des débiteurs dans les actes récognitifs qu'ils leur faisaient souscrire; de là les règles de défiance que Dumoulin emprunte au droit canonique. Ces règles constituaient donc une exception. Pothier en fit un principe applicable à toutes les obligations. Il s'est trompé et les auteurs du code se sont trompés à sa suite. Cela est reconnu par tout le monde, il est inutile de renouveler le débat, il est vidé (1).

SECTION III. — De la preuve testimoniale.

ARTICLE 1er. Notions générales.

394. La preuve testimoniale, à la différence de la preuve littérale, n'est admise, en principe, que pour les faits juridiques dont la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs; quand la chose excède cette somme, la loi veut qu'il soit passé acte devant notaires ou sous seing privé (art. 1341); c'est dire que la preuve littérale est la règle et que la preuve testimoniale est l'exception. Quelle est la raison de ce principe qui joue un si grand rôle dans la matière des preuves?

La preuve testimoniale commença par être admise en France d'une manière illimitée. Il y a plus : nos ancêtres dit Boiceau, faisaient plus de cas de la preuve par témoins que de celle par écrit, et quand elles étaient contraires, celle par témoins l'emportait; c'est en ce sens que Bouteiller dit en sa *Somme rurale :* « Témoins par vive voix détruisent lettres (2). » Loisel en fit un de ses adages:

(1) Toullier, t. V, 2, p. 256, n° 312, et p. 258, nos 314 331, et tous les auteurs, sauf Larombière, qui a essayé assez timidement de justifier l'article 1337 (t. IV, p. 581, n° 17 de l'article 1337) (Ed. B., t. III, p. 115).

(2) Boiceau, *Traité de la preuve par témoins, avec les remarques de Danty* (Paris, 1769, in 4°), p. 49, n° 34.

Témoins passent lettres. Notre code dit au contraire : *Lettres passent témoins*. Le changement est radical. Quelle en est la raison? C'est l'ordonnance de Moulins de février 1566 qui consacra cette grande innovation; nous transcrivons l'article 54, parce qu'il fait mieux connaître l'esprit de la loi nouvelle que l'article 1341, qui reproduit l'ordonnance sous une forme plus concise :

« Pour obvier à *multiplication de faits* que l'on a vu ci-devant être mis en jugement, sujets à preuve de témoins et reproche d'iceux, dont adviennent *plusieurs inconvénients* et *incitations de procès*, avons ordonné et ordonnons que dorénavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passés contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera reçue toute preuve èsdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit et convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

L'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 2) reproduisit cette disposition à peu près dans les termes de l'article 1341. Cette ordonnance ne donne aucun motif; elle ne fait que consacrer un état de choses qui existait depuis un siècle. L'ordonnance de Moulins est aussi très-laconique; dans ses considérants, elle ne dit pas quels sont les *inconvénients* qui résultaient de l'admission illimitée de la preuve testimoniale. Cette lacune est comblée par les auteurs anciens. Danty, dans ses remarques sur Boiceau, dit que la preuve par témoins est la plus simple et la plus naturelle, et qu'elle était aussi la meilleure, alors qu'il y avait de la bonne foi parmi les hommes. Mais, ajoute-t-il, les mœurs se sont tellement corrompues dans la suite des siècles; le mensonge et la calomnie y sont devenus si fréquents, que c'est avec raison que cette preuve n'y trouve plus la même créance. L'abus que l'on en faisait passa jusqu'à un tel point au XVIe siècle que les parlements envoyèrent des députés au roi Charles IX

pour s'en plaindre, ce qui donna lieu à l'ordonnance de Moulins. Quand parut l'ordonnance de 1667, on la critiqua parce qu'elle ne permettait pas même de prouver le dépôt volontaire par témoins ; Danty justifie cette prohibition sévère : si la preuve du dépôt était permise par témoins, dit-il, ce serait exposer au pillage les biens des particuliers par la facilité de trouver des témoins corrompus qui déposeraient faussement avoir vu faire le dépôt (1).

Boiceau abonde dans ces plaintes sur la corruption des mœurs. Il cite les fameux vers d'Horace : « Y a-t-il quelque chose qui ne devienne pire avec le temps? Le siècle de nos aïeux n'était pas aussi corrompu que celui de nos pères et nous qui sommes plus méchants qu'eux laisserons des enfants encore plus mauvais. » Boiceau s'écrie avec Cicéron : « O temps! ô mœurs! Tant il est vrai que la bonne foi et l'innocence des premiers siècles est rare à présent et que l'homme est devenu si différent de ce qu'il était, que lui, créé à l'image de Dieu qui est la vérité même, est à présent si éloigné de cette vérité, que son témoignage, autrefois très-religieux, se trouve entièrement corrompu dans les moindres affaires où l'on est obligé de s'en rapporter à lui (2). »

Ces plaintes sur la corruption croissante des mœurs sont-elles bien fondées? Nous les rencontrons à chaque siècle. Témoins et victimes des mauvaises passions de leurs contemporains, les hommes s'imaginent que jadis la bonne foi était plus grande, mais quand on consulte les témoignages sur les temps passés, on entend les mêmes plaintes. C'est ainsi que Boiceau, louangeur du passé, constate que l'empereur Justinien se plaignait déjà de la corruption des témoignages. Une chose nous fait illusion. Les relations des hommes deviennent tous les jours plus nombreuses, et, par suite, les procès qui les divisent ; il y a donc plus d'occasions de faux témoi-

(1) Danty sur Boiceau, p. 2 et suiv., et note *a* de la page 3, et p. 15 et suiv.
(2) Boiceau, Préface, n° 9, p. 25 et suiv.

gnages; mais, loin d'augmenter, ils diminuent si l'on tient compte de l'augmentation de la population et de la multiplicité des affaires. Cela n'empêche pas que le législateur doive veiller à ce que les procès se décident par les voies de preuve les plus sûres et les moins sujettes à erreur.

395. Les auteurs du code, comme tous les jurisconsultes, sont des hommes de tradition, et la tradition pour eux s'incarne dans Pothier, leur guide habituel. Pothier répète ce qu'avaient dit Boiceau et Danty, son commentateur : « La corruption des mœurs et les exemples fréquents de subornation de témoins nous ont rendus beaucoup plus difficiles à admettre la preuve testimoniale que ne l'étaient les Romains (1). Bigot-Préameneu donne le même motif : « Il eût été imprudent, dit-il, de ne pas maintenir aujourd'hui des mesures que la mauvaise foi des hommes a depuis si longtemps fait regarder comme indispensables (2). » Nous avons fait plus d'une fois la remarque que le Tribunat était l'organe des idées nouvelles et des sentiments nouveaux qui avaient produit la révolution de 1789. Jaubert, le rapporteur du Tribunat. parle à peine de la mauvaise foi des hommes ; il part d'un principe plus juste en parlant de la preuve testimoniale. « Deux motifs, dit-il, doivent influer sur la détermination des preuves : la nécessité de constater les conventions et le besoin d'en conserver fidèlement la substance. » A ce point de vue, on doit dire avec l'adage moderne : *Lettres passent témoins*. Des hommes d'une égale bonne foi ne racontent-ils pas souvent d'une manière différente ce qu'ils ont vu, ce qu'ils ont entendu ? Et, sans vouloir calomnier l'espèce humaine, quel est le siècle qui n'a pas été témoin de nombreux exemples de mauvaise foi et de parjure ? Il serait donc dangereux de livrer le sort des conventions aux témoignages humains. Si nous n'avions que la tradition orale, que deviendraient la plupart des conventions lorsque les années en auraient altéré les traces ? Que d'erreurs, que d'incertitudes, que

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 784.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 210 (Locré, t. VI, p. 185).

de procès, enfin que de sujets de triomphe pour l'injustice! Il convient donc aux législateurs d'établir, pour la preuve des conventions, des règles qui soient autant que possible indépendantes de la moralité individuelle et qui échappent aux difficultés que la succession des années amène naturellement. Aussi la preuve littérale a-t-elle toujours paru la plus sûre.

La question de la preuve testimoniale présente encore une autre face : c'est aussi une question de civilisation. On prétend que la preuve par témoins était jadis généralement admise, parce que les mœurs étaient plus pures. N'était-ce pas plutôt nécessité? Quand l'immense majorité des hommes ne savaient pas lire, il fallait bien se contenter des témoignages. A mesure que l'usage de l'écriture devient plus familier, le législateur doit préférer les lettres aux témoins. C'est la remarque de Jaubert (1). Les écrits se dressent au moment même où le fait juridique se passe, tandis que les témoins sont appelés d'ordinaire à déposer, après de longues années, de ce qu'ils ont vu et entendu. Répandez l'instruction, et la preuve testimoniale deviendra inutile.

396. Nous avons insisté sur les motifs qui ont engagé le législateur à prohiber la preuve testimoniale, parce que, en cette matière surtout, l'esprit de la loi sert à décider les difficultés qu'elle présente dans l'application. La plupart des auteurs partent d'un principe exclusif et admettent que le législateur a voulu empêcher les faux témoignages, et ils ramènent tout à ce motif unique, ce qui doit aboutir à des erreurs inévitables. Le texte même de la loi repousse ce système d'interprétation. Si les auteurs du code avaient entendu établir une espèce de tarif des consciences, ils auraient posé comme règle que le témoin n'est pas digne de foi dès qu'il dépose sur un fait d'une valeur qui dépasse cent cinquante francs; or, la loi prohibe parfois la preuve testimoniale, alors même que le chiffre de la demande est moindre et elle l'admet souvent, alors que le montant pécuniaire du litige dépasse

(1) Jaubert, Rapport, n° 26 (Locré, t. VI, p. 232 et 233). Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 590, n° 315 *bis* II.

et de beaucoup la limite de cent cinquante francs. D'autres auteurs n'invoquent jamais le danger des faux témoignages; il leur répugne de croire que les témoins se laissent plus facilement corrompre, alors que les parties ont plus d'intérêt à les suborner. C'est également un excès. Le code n'a point de motif unique et exclusif. Ne tenir aucun compte de la crainte des faux témoignages, c'est donner un démenti à la tradition, et, il faut le dire, aux faits. Tout rapporter à ce motif, c'est également s'écarter de la tradition, puisque les ordonnances, où les auteurs du code ont puisé les règles qui régissent cette matière, parlent expressément et ne parlent même que de l'inconvénient des longues et coûteuses procédures auxquelles donne lieu l'audition des témoins.

397. La prohibition de la preuve testimoniale est-elle d'ordre public? Les parties intéressées peuvent-elles y déroger? Cette question divise les auteurs et la jurisprudence. Elle est d'une solution très-facile, si l'on s'en tient aux motifs de la loi que nous venons d'exposer. Il est de principe que les particuliers ne peuvent pas déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6). Or, une loi qui interdit la preuve testimoniale par la raison que les faux témoignages corrompraient la justice et altéreraient la conscience publique, n'intéresse-t-elle pas les bonnes mœurs au plus haut degré? Et si par ordre public on entend l'intérêt public, la société n'est-elle pas intéressée à prévenir les procès et à les terminer promptement quand il s'en élève? Donc tous les motifs que la tradition nous a fait connaître attestent que la preuve testimoniale touche aux intérêts les plus graves de la société. Cela décide la question (1).

Elle était déjà décidée en ce sens sous l'ancien droit. Le commentateur de l'ordonnance de Moulins dit que quand une partie se serait soumise expressément à la preuve par témoins pour une somme au-dessus de cent livres, cette convention ne serait pas reçue, parce qu'il

(1) Toullier, t. V, 1. p. 28, n° 36 Aubry et Rau, t. VI, p. 423, note 3, § 761. Larombière, t. V. p. 81, n° 1 de l'article 1341 (Ed. B., t. III, p. 152).

est de maxime que les particuliers ne peuvent déroger par leurs conventions à ce qui est de droit public (1). Telle était l'opinion généralement suivie sous l'empire des ordonnances (2).

Les motifs que l'on donne pour l'opinion contraire ont peu de valeur. Duranton dit que la loi ne prescrit des actes que pour la preuve (3). Sans doute. Mais la loi n'admet pas toujours toute espèce de preuve. La question est donc de savoir si la preuve peut se faire par témoins, alors que la loi la prohibe pour des raisons d'ordre public et de bonnes mœurs; il suffit de la poser pour la résoudre. Un auteur que nous aimons à citer donne des raisons plus sérieuses. Colmet de Santerre avoue que l'on pensait généralement autrefois que le principe est d'ordre public; mais, dit-il, cette doctrine rigoureuse ne paraît pas être celle du code civil, car il n'a pas déclaré que sa disposition ne pouvait être enfreinte par la volonté des parties, comme il aurait dû le faire en présence des difficultés qui s'étaient élevées dans l'ancien droit, et son silence doit être plutôt favorable à la liberté qu'à la restriction. L'argument aurait quelque poids si réellement la question avait été douteuse; en réalité, elle ne l'était point, l'opinion générale s'était prononcée pour le caractère restrictif de la prohibition; il suffisait donc de poser le principe dans l'article 6; l'application à la preuve testimoniale ne pouvait souffrir de doute, alors que Pothier déclarait que les ordonnances avaient prohibé la preuve testimoniale pour écarter les faux témoignages. Colmet de Santerre ne nie pas que des considérations d'intérêt général n'aient inspiré le législateur, mais n'en est-il pas de même de toutes les règles législatives? Il est vrai que l'intérêt privé et l'intérêt public se confondent; toutefois, cela n'a pas empêché le législateur de distinguer, parmi les lois qui font l'objet du code civil, celles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, il défend d'y déroger, alors même que les parties y au-

(1) Vuvier, cité par Danty sur Boiceau, p. 69, n° 8.
(2) Voyez les témoignages dans Toullier, t. V, 1, p. 30, n° 40.
(3) Duranton, t. XIII, p. 323, n° 308.

raient intérêt : le droit de la société l'emporte. Que deviendrait l'ordre social si les particuliers pouvaient impunément violer les lois qui concernent les bonnes mœurs ou l'ordre public (1)?

La jurisprudence est contraire à notre opinion. Généralement les arrêts sont à peine motivés. Nous exceptons un arrêt de la cour de Bourges qui fait valoir des considérations morales pour justifier la dérogation à une loi portée dans l'intérêt des bonnes mœurs. Ces considérations sont toutes d'intérêt privé, ce qui leur enlève toute valeur. La défense de prouver par témoins, au delà de cent cinquante francs, dit la cour, est dans l'intérêt du créancier; s'il y consent, s'il la demande lui-même, le juge la rejettera-t-il comme dangereuse, alors que le créancier accepte ce danger? Le créancier pourrait repousser par le défaut de preuve l'allégation de payement que lui oppose le débiteur; il croit qu'il est de son honneur de prouver par témoins que l'allégation n'est pas fondée, et on lui refuse cette satisfaction de délicatesse? C'est tourner contre le créancier une disposition qui a été faite en sa faveur (2). Il y a du vrai dans ces considérations, mais elles sont en dehors de la loi. Le créancier eût-il un intérêt de conscience à invoquer la preuve testimoniale, le juge devrait néanmoins la rejeter parce qu'elle est en opposition avec un intérêt supérieur, celui de la moralité publique.

398. Il résulte de notre opinion que le juge doit rejeter la preuve testimoniale d'office, quand même la partie intéressée ne s'y opposerait pas. Il y a un arrêt de la cour de Gand en ce sens (3). La conséquence n'est pas douteuse dès que l'on admet le principe. On s'est prévalu de la conséquence contre le principe. Le juge, dit-on, ne peut pas, d'après l'article 2223, suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ; cependant la prescription est d'intérêt général. On répond que la prescription soulève presque toujours un scrupule de conscience : la loi a dû

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 619, n° 325 *bis* II.
(2) Bourges, 16 décembre 1826 (Dalloz au mot *Obligations*, n° 4615, 2°).
(3) Gand, 6 novembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 43).

le respecter, elle l'a fait tout en sauvegardant l'intérêt général : le code ne permet pas aux parties de déroger d'avance à la prescription, mais elles sont libres d'y renoncer quand elle est acquise (art. 2220). Il n'y a aucune analogie, sous ce rapport, entre la prescription et la preuve testimoniale. Cette preuve serait dangereuse, par cela seul qu'on permettrait de l'administrer ; donc toute renonciation, à quelque moment qu'elle soit faite, doit être frappée de nullité. C'est au juge et à lui seul de décider si la preuve testimoniale est admissible ou si elle doit être rejetée, et il doit la rejeter dans les cas où la loi la prohibe, parce que la prohibition est d'ordre public (1).

Peu importe donc que les deux parties soient d'accord pour admettre la preuve testimoniale : le consentement des parties, dit Toullier, ne peut dispenser le juge de l'obéissance qu'il doit au commandement de la loi, quand cette loi est d'ordre public. Et si, par erreur, il avait admis la preuve par témoins, il devrait révoquer ce jugement interlocutoire par la sentence définitive, et décider sans avoir égard à l'enquête, parce qu'elle est contraire à la loi. Il suit encore du même principe que si le premier juge avait rendu un jugement fondé sur la preuve testimoniale, la partie condamnée pourrait interjeter appel, quand même elle aurait consenti à l'interlocutoire qui a ordonné l'enquête (2).

399. On demande si la partie qui a consenti à l'enquête peut arguer de nullité le jugement qui l'a ordonnée? Dans notre opinion, l'affirmative est évidente et la question ne peut pas même être posée. La jurisprudence la décide en sens contraire. C'est que les cours partent d'un autre principe; elles admettent que la prohibition n'est pas d'intérêt public ; dès lors on y peut renoncer, et celui qui y a renoncé ne peut pas revenir sur sa renonciation (3). La cour de cassation a consacré cette opinion.

(1) Toullier, t. V, 1, p. 26, nos 36-38. Aubry et Rau, t. VI, p. 423, note 4, § 761. Caen, 30 avril 1860 (Dalloz, 1861, 2, 56).

(2) Larombière, t. V, p. 84, no 2 de l'article 1341 (Ed. B., t. III, p. 152), et les auteurs cités à la note 1, *supra*.

(3) Rennes, 25 février 1841, et Bourges, 16 décembre 1826 (Dalloz, au

Dans l'espèce, il s'agissait de la preuve d'un mandat; la cour a jugé que celui qui avait consenti à l'enquête ne pouvait se plaindre de la conséquence que les juges du fait en avaient tirée (1). Cette décision n'aborde pas franchement la difficulté. Il s'agit de savoir si le consentement donné à la preuve testimoniale est valable, et comment le serait-il, alors que ce consentement implique une convention qui déroge à une loi intéressant les bonnes mœurs et l'ordre public?

400. On a essayé d'éluder la prohibition de l'article 1341, et il s'est trouvé une cour qui a prêté la main à cette violation indirecte de la loi. Il s'agissait de la cession d'un office de notaire faite, prétendait-on, sous la condition que le cessionnaire épouserait la fille du notaire prédécédé. Le cessionnaire avoua qu'il avait été question de mariage, mais il nia que l'on en eût fait une condition du traité. Les parties convinrent de vider leur désaccord d'après les dires et renseignements de trois personnes, et consentirent, en conséquence, à ce qu'elles fussent entendues par le tribunal. Le notaire interjeta appel; il dit qu'il n'avait pas donné son consentement à l'audition des témoins, et soutint que, y eût-il consenti, son consentement serait nul. La cour de Bordeaux décida le débat dans les termes suivants: « Attendu qu'à supposer que la prohibition de l'article 1341 soit tellement absolue qu'il ne puisse y être dérogé du consentement de la partie intéressée, cet article ne saurait mettre obstacle à l'audition de tierces personnes dont le *témoignage* est invoqué de commun accord par les deux parties; qu'il s'agit moins alors d'une enquête que d'une *sorte de compromis* par lequel les parties s'en remettent à la bonne foi de tiers qui leur inspirent une égale confiance; qu'ici ne s'appliquent ni les motifs, ni les règles concernant la preuve testimoniale (2). »

Si cet arrêt faisait jurisprudence, il faudrait effacer

mot *Obligations*, n° 4615, 1° et 2°). Bordeaux, 16 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).

(1) Rejet, 5 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 349).

(2) Bordeaux, 6 mars 1849 (Dalloz, 1849, 2, 238).

l'article 1341 du code, au moins comme disposition prohibitive. La cour donne un moyen si facile de l'éluder. Les parties n'auraient qu'à déclarer qu'elles s'en rapportent au dire des témoins qu'elles désignent. A vrai dire, la convention des parties est inopérante. Est-ce une simple audition de témoins, alors la loi est violée. Est-ce un compromis, le tribunal n'a plus rien à juger, ce sont les arbitres qui décideront. La cour de Bordeaux n'ose pas dire que c'est un compromis; c'est une *espèce de compromis*, dit-elle. Nous ne savons ce que cela signifie; il y a compromis ou il n'y en a pas, il n'y a pas une *espèce de compromis*. Bannissons ces expressions ambiguës dont on s'autorise pour confondre tous les principes.

401. Nous avons supposé jusqu'ici que la loi prohibe la preuve testimoniale, c'est-à-dire que la prohibition est la règle qu'il faut appliquer dans tous les cas où la loi n'y déroge pas expressément. Cela est cependant contesté. C'est, à notre avis, contester ce qui devrait être au-dessus de toute contestation, le texte formel de la loi. L'article 1341 pose les deux principes qui gouvernent la matière, et il le fait dans des termes qui impliquent une prohibition générale : « Il *doit* être passé *acte* de *toutes* choses excédant la somme de 150 francs; et *il n'est reçu aucune preuve par témoins* contre et outre le contenu aux actes. » C'est, en d'autres mots, la consécration, en termes absolus, de la maxime traditionnelle, *lettres passent témoins*, qui a remplacé l'ancienne maxime *témoins passent lettres*. Le changement est radical; c'est la prohibition, comme règle, de la preuve testimoniale. La loi admet des exceptions à cette règle. Aux termes de l'article 1347, les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale (art. 1348). Qu'est-ce à dire? Fait-on exception à une règle qui n'existe point? Quand l'exception dit que la preuve par témoins est admise, il en faut induire que la règle est que la preuve testimoniale est prohibée. Ce que le texte dit est pleinement confirmé par l'esprit de la loi. On veut em-

pêcher les faux témoignages : est-ce que ce motif est de sa nature général ou exceptionnel? On veut prévenir les procès et la longueur des procédures : ce motif implique-t-il une règle ou une exception?

Le caractère exceptionnel de la preuve testimoniale se révèle dans toutes les dispositions qui la concernent; toujours et dans toutes les circonstances le législateur s'en défie; et quand il est obligé de l'admettre, il exige des conditions qui en diminuent le danger. Ainsi, en matière d'état civil, lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus, les mariages, naissances et décès peuvent être prouvés par témoins; c'est nécessité, mais l'article 46 y met une condition : il faut prouver au préalable la perte ou la non-existence des registres. A défaut de titre et de possession constante, la preuve de la filiation peut se faire par témoins; c'est encore nécessité; néanmoins, dit l'article 323, cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission. Il en est de même pour la recherche de la maternité que la loi permet à l'enfant naturel : il n'est reçu à faire la preuve par témoins que lorsqu'il a déjà un commencement de preuve par écrit (art. 341).

Quand les textes sont si clairs et l'esprit de la loi si évident, il ne devrait pas y avoir de débat; voilà pourquoi nous croyons inutile d'insister. C'est, du reste, l'opinion généralement suivie (1).

402. Nous disons que la prohibition de la preuve testimoniale est la règle établie par l'article 1341. Cette disposition est assez singulièrement rédigée. Elle contient deux principes : le second rejette toute preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes; ici la prohibition est formelle; « il n'est reçu aucune preuve par témoins, » dit la loi. Il n'en est pas de même du premier principe établi au commencement de l'article; il n'y est pas parlé de preuve testimoniale. La loi dit : « Il doit

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 422 et note 2, § 761. En sens contraire, Toullier, t. V, 1, p. 13, nos 19-27, et Bonnier, t. I, p. 180, nos 148 et 149.

dans le domaine exclusif des tribunaux; donc on ne peut se pourvoir en cassation contre un arrêt qui déclare les faits non pertinents et inadmissibles, et qui rejette l'offre d'en fournir la preuve (1).

La cour de cassation a encore jugé qu'il est loisible aux tribunaux de ne point admettre la preuve testimoniale, lorsqu'ils déclarent que le fait offert en preuve ne se trouve appuyé d'aucune présomption satisfaisante (2). Au premier abord cela paraît contraire au texte et à l'esprit de la loi; en effet, elle ne subordonne pas, comme semble le faire la cour, l'admission de la preuve testimoniale à l'existence de présomptions qui rendent probable le fait allégué; si une cour jugeait ainsi en droit, l'arrêt serait certainement cassé. Mais telle n'était pas, dans l'espèce, la pensée du premier juge; s'il rejeta l'enquête, c'est qu'elle lui paraissait frustratoire, et une telle décision échappe à la censure de la cour de cassation.

Il en est de même, et pour la même raison, quand une cour rejette l'enquête parce que les faits lui paraissent invraisemblables et même impossibles. On dira : Qu'importe? pourvu qu'ils soient pertinents; c'est l'enquête qui établira si les faits sont vrais, quoiqu'ils ne soient pas vraisemblables. En fait, on peut faire valoir cette considération, mais devant la cour de cassation on ne peut pas l'invoquer. La cour suprême répond, le texte du code de procédure à la main, que l'appréciation des faits appartient exclusivement aux cours d'appel (3); l'article 253 dit que la preuve par témoins *pourra* être ordonnée; donc le juge peut aussi ne pas l'ordonner, tout dépend de son appréciation. Telle est la jurisprudence constante de la cour de cassation (4).

La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens. Nous citerons un arrêt de la chambre de cassation de Bruxelles qui implique un blâme tacite de l'ar-

(1) Cassation, 16 décembre 1823, et Rejet, 11 mai 1824 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4619, 3°).
(2) Rejet, chambre civile, 10 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 307).
(3) Rejet, 15 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 381).
(4) Voyez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4619.

rêt, qui a été néanmoins confirmé. Les parties étaient en désaccord sur un fait d'où dépendait la décision du litige : l'état de la contestation, dit la cour de cassation, semblait exiger qu'avant de faire droit les défendeurs fussent admis à la preuve du fait litigieux. Pourquoi donc la cour prononça-t-elle un arrêt de rejet? C'est que, loin d'astreindre le juge à ordonner l'enquête, l'article 253 dispose que le juge *pourra* le faire; donc le juge n'est jamais tenu d'ordonner la preuve testimoniale, il a un pouvoir discrétionnaire, ce qui exclut toute possibilité de cassation (1).

ARTICLE 2. Les deux principes.

§ Ier. *Le premier principe.*

N° 1. SENS DU PRINCIPE.

I. *Faits juridiques et faits purs et simples.*

405. D'après l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1341 (n° 402), le principe qu'il pose doit être formulé comme suit : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins de *toutes choses* excédant la somme ou valeur de 150 fr., même pour dépôts volontaires. » Qu'est-ce que la loi entend par ces mots : *toutes choses?* L'expression est empruntée aux anciennes ordonnances; il y a toutefois, entre l'ordonnance de Moulins et celle de 1667, une différence de rédaction qu'il importe de noter, parce qu'elle explique le sens de l'article 1341. L'ordonnance de Moulins dit : « Ordonnons que de *toutes choses* excédant la somme ou valeur de 100 livres seront passés *contrats.* » L'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 2) dit : « Seront passés *actes* de toutes choses excédant la valeur de 100 livres. » C'est cette dernière rédaction qui a été admise par les

(1) Bruxelles, chambre de cassation, 24 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 165); 27 mars 1827 (*ibid.*, 1827, p. 113); 8 juillet 1831 (*ibid.*, 1831, p. 192). Rejet de la cour de cassation de Belgique, 13 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 243) et 26 avril 1849 (*ibid.*, 1849, 1, 389).

auteurs du code civil. Pourquoi le législateur a-t-il remplacé le mot *conventions* par le mot *actes?* Pothier nous en dit la raison. Les commentateurs de l'ordonnance de Moulins soutenaient qu'elle ne s'appliquait qu'aux *conventions*, parce que l'ordonnance portait qu'il serait passé *contrat*, et ce terme ne s'emploie que des *conventions*. L'interprétation était erronée, car l'ordonnance disait en termes généraux qu'il serait passé *contrats* de *toutes choses*, le mot *contrats* y était pris comme synonyme d'*actes*. Pour éviter tout doute, l'ordonnance de 1667 s'est servie du mot *actes*. Pothier en conclut que le principe s'applique non-seulement aux *conventions*, mais généralement à « toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve a pu se procurer une preuve par écrit. » Par exemple, ajoute Pothier, quoique le payement d'une dette ne soit pas une convention, néanmoins le débiteur qui le fait, pouvant s'en procurer un acte par écrit, c'est-à-dire une quittance, il n'est pas admis à faire la preuve par témoins lorsque le payement excède 100 livres (1).

406. C'est le principe, tel que Pothier l'a formulé, que les auteurs du code ont consacré dans l'article 1341. On a donné aux paroles de Pothier un sens trop restreint en disant que, d'après lui, « les mots *toutes choses* désignent non-seulement les faits juridiques par lesquels les conventions se forment, mais encore ceux par lesquels les obligations s'éteignent (2). » Pothier ne cite le payement que comme exemple. Le principe tel qu'il l'explique reçoit son application à tous les faits dont on peut se procurer une preuve littérale. Cette formule est trop large, car elle comprend même les faits matériels qui, dans l'opinion commune, sont exclus de la prohibition prononcée par l'article 1341. Il est donc évident qu'elle comprend au moins tous les faits *juridiques*. On entend par là les faits qui produisent un effet juridique, c'est-à-dire qui créent un droit, le modifient, le confirment ou l'éteignent (3).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 785.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 425, note 1, § 761, et les autorités qu'ils citent.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 427, note 4. Colmet de Santerre, t. V, p. 592, n°s 315 *bis* VI et 315 *bis* VII

Pourquoi tout fait juridique doit-il être prouvé par écrit, en ce sens que la preuve testimoniale n'en est pas admissible? Pothier en indique la raison en disant que l'on a pu s'en procurer une preuve littérale, et il faut ajouter que l'on a dû en dresser acte, parce que l'on doit s'attendre à ce qu'un fait juridique soit contesté en justice, et la loi dit que ce fait ne peut être prouvé par témoins que si sa valeur pécuniaire ne dépasse point 150 francs.

Cette interprétation de l'article 1341 est en quelque sorte officielle, puisqu'elle repose sur la tradition, sur le texte et sur l'esprit de la loi. Elle est admise par tout le monde, sauf le dissentiment de Bonnier, qui est resté isolé; nous croyons inutile de combattre une opinion qui a contre elle la volonté formelle du législateur (1).

407. Les mots *toutes choses* semblent s'appliquer à toute espèce de faits que les parties sont dans le cas de prouver en justice. Cependant les auteurs enseignent que l'article 1341 n'est pas applicable aux faits *matériels*, que l'on appelle aussi *purs et simples;* on entend par là les faits qui par eux-mêmes n'engendrent ni droit ni obligation, quoique, par accident, ils puissent se rattacher à des faits juridiques et devenir la source d'une obligation ou d'un droit. Tels sont les faits de la nature, les cas de force majeure; la perte qu'ils entraînent est une cause d'extinction de certaines obligations; par eux-mêmes ils n'ont d'autre effet que de frapper le propriétaire; parfois le débiteur est tenu des cas fortuits, mais cela n'a lieu qu'accidentellement, quand le débiteur est en demeure, ou lorsqu'il s'est chargé des cas fortuits. Il en est de même des faits de l'homme qui par eux-mêmes ne présentent qu'un résultat matériel sans aucune influence sur le droit : cultiver la terre, l'ensemencer, récolter les fruits sont des faits purs et simples, non juridiques, parce que par eux-mêmes ils ne produisent ni droit ni obligation; ils peuvent néanmoins, par accident, se mêler à des rapports juridiques et produire, en conséquence, des effets juridiques.

(1) Elle est réfutée par Marcadé, t. V, p. 107, n° I de l'article 1341, et par Aubry et Rau, t. VI, p. 425, note 1, § 761.

Tels sont les faits de possession; le possesseur peut s'en prévaloir pour réclamer les fruits, pour y fonder la prescription, pour demander la restitution des frais de labour et de semences.

La question est de savoir comment la partie intéressée établira ces faits, quand elle doit les prouver en justice. Faut-il appliquer la disposition générale de l'article 1341 qui parle de *toutes choses?* On enseigne la négative. Il est facile de justifier cette opinion en théorie. Pourquoi dresse-t-on acte d'un fait? Parce qu'on y a intérêt; à raison de la nature du fait, on doit prévoir que l'on pourra se trouver dans la nécessité de le prouver en justice; donc on est dans les termes et dans l'esprit de l'article 1341. Mais si le fait est de telle nature que l'on ne puisse pas prévoir, ni songer même qu'il devienne jamais l'objet d'un débat judiciaire, on n'a aucun motif, aucun intérêt à dresser un écrit pour constater ce fait. De là suit que le législateur ne peut pas obliger les particuliers à passer acte des faits matériels pour le cas où, par exception, ils devraient être prouvés en justice, car la loi ne doit pas prescrire d'obligation inutile et vexatoire. Or, il serait inutile et, par suite, frustratoire de dresser un écrit pour chaque fait matériel qui se passe; ces faits sont de tous les jours, de tous les instants; il faudrait donc passer sa vie à faire des actes, alors que ces milliers d'actes ne seraient jamais produits en justice (1).

Ces considérations prouvent que l'intention du législateur n'a pas pu être de comprendre dans les mots *toutes choses* les faits matériels. Le rapport de Jaubert le dit en toutes lettres. Après avoir établi que la preuve littérale est la plus sûre, le rapporteur ajoute : « Quant aux faits, il fallait bien le plus souvent se confier à la preuve testimoniale. Les actions purement physiques, presque toujours instantanées, presque toujours l'ouvrage d'un seul, ne peuvent être constatées par écrit (2). »

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 427, notes 5 et 6, § 761. Colmet de Santerre, t. V, p. 593, n° 315 *bis* VII. Cassation, 13 juillet 1874 (Dalloz, 1875, 1, 173).
(2) Jaubert, Rapport, n° 26 (Locré, t. V, p. 232).

408. La jurisprudence décide aussi que les faits matériels peuvent se prouver par témoins, quel que soit le montant pécuniaire du litige. Mais les cours invoquent d'ordinaire l'exception prévue par l'article 1348, c'est-à-dire l'impossibilité où s'est trouvé le demandeur de se procurer une preuve littérale du fait qui doit être prouvé. C'est confondre deux catégories de faits très-différents. Quand la loi admet une exception pour certains faits, en disposant qu'ils peuvent être prouvés indéfiniment par témoins, elle suppose que ces faits sont compris dans la règle et que, sans l'exception, ils auraient dû être établis par une preuve littérale; donc les faits exceptés de la règle par l'article 1348 doivent être des faits juridiques. Les exemples que la loi donne le prouvent : tels sont les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, les dépôts nécessaires, les obligations contractées en cas d'accidents imprévus, les faits constatés par des titres qui ont été détruits. Tous ces faits sont des faits juridiques; ils auraient donc dû être constatés par un acte; mais la loi dispense les parties intéressées de produire des actes à raison de l'impossibilité où elles étaient de se procurer une preuve littérale. Les faits matériels, au contraire, ne rentrent pas dans l'exception de l'article 1348; les parties auraient pu se procurer une preuve écrite des faits de la nature, ou des faits de culture; elles ne peuvent donc pas invoquer le bénéfice de l'exception; pour être dispensées de fournir une preuve littérale, elles doivent établir que la règle même n'est pas applicable, parce qu'il s'agit de faits qui par eux-mêmes ne produisent ni droit ni obligation, et dont pour ce motif on ne doit pas dresser acte.

II. *Application. Faits juridiques.*

409. L'autorisation que le mari donne à sa femme est-elle un fait juridique dans le sens de l'article 1341? On pose la même question pour l'autorisation du tuteur, l'assistance du curateur, ou du conseil donné à un prodigue ou à un faible d'esprit. L'affirmative est si évidente que l'on ne devrait pas demander ce que la nature du fait

prouve d'une manière certaine. A vrai dire, il n'y a de difficulté que pour l'autorisation maritale. L'article 217 exige le consentement du mari par écrit ou son concours dans l'acte. Faut-il toujours un écrit, dès que le mari n'intervient pas dans l'acte? C'est l'opinion que nous avons enseignée (1). Dans cette doctrine, l'article 217 déroge à l'article 1341, en ce sens qu'un écrit est toujours nécessaire pour établir l'autorisation expresse, quand même le fait juridique n'aurait qu'une valeur de cent cinquante francs. L'opinion contraire est plus généralement suivie. On dit que si l'article 217 parle d'un consentement par écrit, c'est qu'il suppose qu'un écrit a été rédigé pour constater la convention, mais si la convention est verbale et si elle peut se prouver par témoins à raison de sa valeur, pourquoi exigerait-on que l'autorisation fût donnée par écrit (2). Nous répondons : Parce que la loi l'exige, et quand la loi a parlé, l'interprète doit obéir.

410. L'article 1341 dit qu'il doit être passé acte de toutes *choses*, même pour *dépôts volontaires*. Pourquoi la loi mentionne-t-elle spécialement le dépôt? La disposition est empruntée à l'ordonnance de 1667. Pothier nous en fait connaître la raison. L'ordonnance de Moulins se bornait à dire que de *toutes choses* excédant la valeur de cent livres seraient passés contrats. On doutait si le dépôt était compris dans cette disposition. La raison de douter, dit Pothier, était que l'on ne fait pas d'ordinaire d'acte par écrit d'un dépôt, parce que celui qui prie un ami de se charger de la garde des choses qu'il lui remet n'ose pas demander une reconnaissance du dépôt; ce serait témoigner de la méfiance à une personne dans laquelle, à raison de la nature de la convention, on doit avoir toute confiance. L'ordonnance de 1667 se prononça pour l'opinion contraire et les auteurs du code l'ont consacrée. Celui qui veut faire le dépôt doit ou ne pas faire le dépôt que rien ne l'obligeait de faire, ou, lorsqu'il le fait, en demander une reconnaissance au dépositaire;

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 154, n° 118.
(2) Larombière, t. V, p. 11, n° 7 de l'article 1341 (Éd. B., t. III, p. 156). Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4659.

faute de le faire, il doit courir le risque de la foi du dépositaire, et il doit s'imputer d'avoir eu trop de confiance en lui s'il manque à la foi donnée (1). On peut ajouter qu'il n'est pas exact de dire que le déposant est dans l'impossibilité morale de demander une reconnaissance du dépôt; un écrit n'est pas une marque de défiance, c'est un acte de prudence; le dépositaire peut venir à mourir, et si aucun acte ne constate le dépôt, ses héritiers pourront de très-bonne foi se refuser à restituer une chose qu'ils croient appartenir à leur auteur. Enfin l'exception, si on l'admettait pour le dépôt, ruinerait la règle; les fripons et leurs complices demanderaient à faire preuve d'un dépôt, au lieu d'alléguer un autre contrat, et on éluderait ainsi la prohibition que la loi a établie pour prévenir les faux témoignages. C'est la raison donnée par Boiceau (n° 394) (2).

411. On a porté plusieurs fois devant la cour de cassation la question de savoir si la rétrocession d'un immeuble peut se prouver par témoins, quand la valeur de la chose dépasse cent cinquante francs. La négative est certaine, car la rétrocession est une vraie vente; on ne peut donc prouver la rétrocession que par un acte fait dans la forme de l'article 1325, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit; dans ce cas, la preuve par témoins ainsi que les présomptions sont admissibles (art. 1347 et 1353) (3).

412. L'échange tombe certainement sous l'application de l'article 1341. On ne conçoit pas qu'il s'élève un doute sur ce point. Cependant la cour de Paris a admis la preuve testimoniale dans l'espèce suivante. Les demandeurs alléguaient un échange verbal et concluaient à ce que le défendeur fût condamné à réaliser par acte authentique l'échange qui, de fait, avait été exécuté, disaient-ils, par la prise de possession des coéchangistes. La cour de Paris décida que la preuve de l'échange ré-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 786.
(2) Mourlon, t. II, p. 842, n° 1600.
(3) Cassation, 27 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 398). Rejet, 28 novembre 1871 (Dalloz, 1872, 1, 19).

sultait de son exécution même, non-seulement par la prise de possession respective des deux pièces de terre à l'époque de la convention, mais encore par le fait patent, et ressortant de tous les documents du procès, de cette possession continuée jusqu'au jour de la demande, et de l'exploitation desdites pièces *animo domini*. Ainsi la cour fondait sur ce fait unique la preuve légale du contrat d'échange. C'était violer les dispositions du code sur la preuve testimoniale. L'arrêt fut cassé. Il s'agissait de prouver l'existence d'un contrat; or, tout contrat doit se prouver par acte dès que la valeur de la chose dépasse cent cinquante francs; il n'est fait exception à cette règle que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, et, dans l'espèce, il n'y avait pas d'acte ni de commencement de preuve par écrit. Il n'y avait qu'une présomption tirée de la prise de possession. Mais cette présomption n'était pas une de celles que la loi établit; le juge ne pouvait donc l'invoquer qu'à titre de présomption simple (art. 1353), et il ne peut admettre les présomptions qui ne sont pas établies par la loi que dans les cas où la preuve testimoniale est admissible. Cela était décisif (1).

413. Le mandat est compris dans l'article 1341; aux termes de l'article 1985, la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des *Contrats*. On a cependant soutenu que le notaire chargé de recevoir un contrat de vente était par cela même mandataire tacite du vendeur pour tout ce qui concerne les intérêts du vendeur, notamment qu'il devait demander un certificat des inscriptions prises sur l'immeuble vendu, afin de prévenir l'acheteur de ne pas payer s'il risque d'être évincé par les créanciers hypothécaires. Il a été jugé qu'il n'y avait pas de mandat tacite dans le fait de charger un notaire de la rédaction d'un acte de vente; le notaire a rempli toutes ses obligations en dressant l'acte dans les formes légales; c'est ensuite à l'acheteur de veiller à ses intérêts : s'il veut charger le notaire de ce soin, il doit lui donner un man-

(1) Cassation, 29 décembre 1863 (Dalloz, 1863, 1, 42).

dat à cet effet, et le mandat ne peut être prouvé que par acte (1). Nous reviendrons sur ces questions au titre du *Mandat*.

La cour de Limoges a jugé en sens contraire dans une espèce où l'on prétendait que le notaire avait négligé de dresser acte d'une vente consentie en sa présence. C'est un fait de négligence, dit l'arrêt, donc un quasi-délit et, par suite, la partie intéressée doit être admise à la preuve testimoniale (2). La cour confond, nous semble-t-il, le quasi-délit, c'est-à-dire la faute commise par négligence en dehors de toute convention, et la faute commise par l'inexécution d'une obligation conventionnelle. Le rapport qui existe entre le notaire et son client est un rapport conventionnel; le client charge le notaire de dresser acte, d'après la jurisprudence, cette convention est un mandat, et doit être prouvée par écrit, conformément aux art. 1341 et 1985; pour que l'on puisse demander des dommages-intérêts contre le notaire à raison de l'inexécution du mandat, il faut, avant tout, que le mandat soit établi, car la négligence dont on l'accuse est une faute commise par l'inexécution d'un contrat. Cette faute n'est pas un quasi-délit, car le quasi-délit implique qu'il n'y a pas eu de concours de volontés. En supposant la convention prouvée, comment prouvera-t-on la faute? Nous traiterons cette question plus loin.

414. Le mandat donné à un avoué présente une difficulté analogue. Il est de principe que la simple remise des pièces faite par la partie intéressée à l'avoué constitue celui-ci mandataire : c'est ce qu'on appelle le mandat *ad litem*. Ce mandat se borne aux actes ordinaires de l'instruction du procès, au développement des moyens qui résultent, soit des pièces, soit des textes de la loi. Mais quand, dans le cours de l'instance, il s'agit de faire ou d'accepter des offres, d'avouer des faits, de donner un consentement qui touche au droit litigieux ou qui puisse y porter atteinte, il faut un nouveau mandat, et le code de

(1) Lyon, 18 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 2, 111), et Rejet, 2 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 208).
(2) Limoges, 4 juin 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4876, 4°).

procédure (art. 352) veut même que ce pouvoir soit spécial, à peine de désaveu. Dans un procès qui a été porté devant la cour de cassation, l'avoué avait déclaré, au nom de son client, qu'il se désistait du contredit par lui consigné sur le procès-verbal d'ordre, ce qui aboutissait à restreindre la collocation du demandeur. De là désaveu. L'avoué prétendit qu'il avait un mandat verbal; mais ce mandat aurait dû être prouvé par écrit et, en l'absence d'un acte, la preuve par témoins n'était admissible qu'avec un commencement de preuve par écrit, lequel n'existait point, ce qui décidait la question. La cour de Paris, dont l'arrêt a été cassé, avait admis qu'il résultait des *faits de la cause* que le désistement donné par l'avoué avait été d'avance concerté entre lui, son client et l'avocat. Les *faits de la cause* ne sont autre chose que des présomptions, car la cour n'invoquait aucune pièce écrite; or, les présomptions ne sont admissibles que dans les cas où la loi admet la preuve par témoins. La violation de la loi était donc évidente (1).

415. Nous avons enseigné que les établissements publics, fabriques ou autres, ne peuvent recevoir des dons manuels sans autorisation du gouvernement. Si un don est fait de la main à la main sans avoir été autorisé, il est nul. Comment prouvera-t-on le fait du don manuel? Le don manuel est toujours une convention; donc on ne peut prouver qu'un don manuel a été fait, que par un écrit, ou par témoins s'il y a un commencement de preuve par écrit. Vainement dirait-on que la loi dispense le don manuel de toute formalité; cela est vrai quand il y a don manuel, c'est-à-dire quand le don est valable. Mais, dans l'espèce, le don est nul, et il s'agit de prouver la remise qui a été faite à titre de libéralité. Il faut donc appliquer le principe que tout fait juridique tombe sous l'application de l'article 1341. Le fait est-il un fait juridique? On ne peut le contester, puisque c'est une libéralité (2).

416. Les collectes et souscriptions pour une œuvre

(1) Cassation, 14 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 199), et sur renvoi, Orléans, 8 janvier 1853 (Dalloz, 1855, 2, 79).
(2) Paris, 22 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 27).

de bienfaisance ont donné lieu à une difficulté qui a été portée devant la cour de cassation de Belgique. Une souscription est ouverte pour les pauvres malades; le projet avait été arrêté par le bureau de bienfaisance et le curé. Celui-ci se chargea de recueillir les souscriptions; il y fut autorisé par arrêté royal. L'autorisation était accordée sous la conditionque les fonds seraient destinés à l'hôpital; la liste de souscription mentionnait la condition et la destination qui serait donnée aux sommes versées par les souscripteurs. Le produit de la souscription s'éleva à 23,000 francs; le desservant fit en outre des collectes dans son église pour les pauvres. Il refusa de remettre au bureau de bienfaisance les fonds qu'il avait recueillis; d'après lui, les souscripteurs seuls avaient qualité pour lui demander compte des sommes qu'ils lui avaient remises; le bureau de bienfaisance était sans droit, parce qu'il n'était pas donataire et qu'il n'était pas autorisé à accepter la prétendue libéralité qui lui aurait été faite. Quant à la somme recueillie par voie de collecte, le desservant prétendait avoir le droit d'en disposer. Il y avait bien des irrégularités dans cette affaire. Le bureau de bienfaisance avait-il qualité pour recevoir des dons destinés à la construction d'un hôpital? En attendant qu'il y eût une commission des hospices, l'autorité communale ne devait-elle pas intervenir? Toujours est-il que le moins qualifié était le desservant. En quelle qualité avait-il recueilli les souscriptions? Il y avait, à notre avis, mandat tacite résultant du projet concerté entre le bureau de bienfaisance et le desservant; la difficulté était de le prouver. L'arrêté qui autorisait le curé à recueillir des souscriptions destinées aux pauvres malades prouvait qu'il agissait au nom des pauvres; or, les pauvres ont un représentant légal, le bureau de bienfaisance; donc il agissait pour le compte dudit bureau; et comme il y avait eu concert entre eux, il y avait mandat tacite. On pouvait aussi considérer le curé comme gérant d'affaires; dans cette hypothèse, la question de preuve était plus facile à décider, puisque l'article 1348 permet de prouver les quasi-contrats par témoins. La décision de la cour de

injures graves. Ces faits peuvent être prouvés par témoins; ce sont des délits, et les délits s'établissent toujours par la preuve testimoniale. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Divorce*.

L'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux. Si le demandeur nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera la preuve, dit l'article 274, soit par écrit, soit par témoins. C'est encore une application du principe qui permet de prouver par témoins les faits purs et simples (1).

422. La possession d'état se compose d'une série de faits matériels qui peuvent se prouver par témoins. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Paternité* et de la *Filiation*. Il en est de même de l'identité d'un individu qui réclame son état. Nous avons examiné, au premier livre, les difficultés que présente la preuve en matière d'état (2).

423. Le droit de propriété résulte, en général, de conventions ou d'actes translatifs de propriété; ce sont des faits essentiellement juridiques. Il y a des exceptions. En fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279), et la possession, comme nous allons le dire, se prouve par témoins. La propriété du trésor appartient en partie à celui qui le trouve, en partie à celui qui est propriétaire du fonds où la chose était cachée ou enfouie. Le fait de l'invention est un fait matériel que l'on peut prouver par témoins. De même celui qui a caché ou enfoui la chose est admis à prouver par témoins qu'il en est le proprietaire. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur cette question (3).

424. La possession est un fait, quoiqu'elle produise des conséquences juridiques d'une grande importance. Doit-on, à raison de ces conséquences, la considérer elle-même comme un fait juridique? Non, car les faits qui constituent la possession ne produisent pas toujours et

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 244, n° 205 et p. 248, n° 210.
(2) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 509, n° 405 et p. 500, n°s 399-402.
(3) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 539, n° 456.

nécessairement ces conséquences ; par eux-mêmes ce sont des faits purement matériels, ce n'est que par accident qu'il en résulte des droits ou des obligations : donc ils ne tombent pas sous l'application de l'article 1341. C'est la tradition, et la doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1). Nous rapporterons les applications qui ont été faites du principe ; la plupart ne soulèvent aucun doute.

La possession immémoriale se prouve par témoins, parce qu'elle consiste en fait, dit la cour de cassation de Bruxelles. Elle a appliqué ce principe à la possession immémoriale d'une emphytéose; la question de prescription est douteuse dans ce cas, mais la question de preuve ne l'est point (2). Quand il s'agit de la prescription acquisitive, soit de l'usucapion, soit de la prescription trentenaire, le droit est écrit dans la loi et le fait de la possession s'établit par la preuve testimoniale : c'est l'application la plus usuelle de notre principe (3).

Le fermier, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent la prescrire, mais ils le peuvent quand le titre de leur possession se trouve interverti. Comment se prouve cette interversion? La cause peut être un acte juridique, une convention faite avec un tiers ; on est alors dans le cas de l'article 1341. Ce peut aussi être un fait matériel, la contradiction opposée au droit du propriétaire, quand la contradiction consiste, par exemple, à expulser le propriétaire qui veut rentrer dans son fonds : et tout fait se prouve par témoins, quand par lui-même il ne produit aucun effet juridique (4).

Aux termes de l'article 1402, tout immeuble est réputé acquêt de communauté s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la *possession légale* antérieurement au mariage. Cette possession légale est la possession qui sert de base

(1) Pothier, *De la prescription*, n° 177. Duranton, t. XIII, p. 394, n° 360, et tous les auteurs. Bruxelles, 25 janvier 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 26).
(2) Rejet, 27 juillet 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 1, 291); 4 mars 1847 (*ibid.*, 1848, 1, 43).
(3) Bruxelles, 27 juillet 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 268).
(4) Chambre de cassation de Bruxelles, 24 juin 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 159).

à la prescription; donc elle se prouve par témoins (1).

Une personne possède un fonds sans bail : elle doit restituer les fruits qu'elle a perçus. Le propriétaire est admis à prouver par témoins les faits de possession ainsi que de perception des fruits (2).

De longs débats se sont élevés sur la preuve du droit de pâturage qu'une commune réclame dans les forêts de l'Etat. La preuve peut-elle se faire par témoins? Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, chambres réunies, les faits de possession étaient allégués pour repousser la prescription que l'Etat opposait à la commune. La cour de Colmar jugea sur renvoi, comme avait jugé la cour de Besançon dont l'arrêt avait été cassé; l'arrêt de la cour d'appel, très-bien rédigé, établit en principe que la possession ne se manifestant que par des actes extérieurs, c'est-à-dire par des faits matériels, il en résulte que la preuve de la possession peut être administrée par témoins sans que l'existence d'un commencement de preuve par écrit soit nécessaire. On objectait que l'usager est obligé d'obtenir une délivrance préalable pour légitimer sa possession, et que cette délivrance doit toujours lui être donnée par écrit; on en concluait que la preuve testimoniale de la possession n'était admissible que lorsqu'il y avait un commencement de preuve par écrit. La cour répond que l'objection confond la délivrance qui est un fait juridique avec la possession qui est un fait matériel; la délivrance est-elle contestée, la preuve devra s'en faire par écrit; la possession est-elle invoquée, il s'agit de faits matériels que l'on peut toujours établir par témoins (3).

425. Le possesseur d'un immeuble en est évincé. Il demande à prouver qu'il a fait sur cet immeuble des travaux de construction pour lesquels une indemnité lui est due. Peut-il faire la preuve par témoins? La cour de Dijon a décidé la question négativement, sans autre motif sinon qu'il n'y avait pas de commencement de preuve par écrit. C'était confondre la preuve de la rétrocession, qui

(1) Liége, 5 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, p. 100).
(2) Nîmes, 1er août 1836 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 129, 3°).
(3) Rejet, 23 mars 1842 (Dalloz, au mot *Usage*, n° 198).

était également alléguée, avec celle des travaux; la rétrocession est un contrat, donc un fait juridique, la cour de Dijon avait raison d'exiger une preuve littérale pour l'établir; tandis que les travaux sont des faits matériels, et partant on peut les prouver par témoins indéfiniment. Mais la cour de cassation ne s'est-elle pas trompée, de son côté, en jugeant que la cour d'appel avait violé l'article 1348 (1)? Est-il vrai de dire que celui qui construit est dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale des travaux qu'il exécute? Non, certes. Donc il fallait laisser l'article 1348 de côté et décider, non que les travaux rentraient dans l'exception de l'article 1348, mais qu'ils ne rentraient pas dans la règle de l'article 1341, parce que les travaux sont par eux-mêmes des faits purs et simples, comme le dit la cour de Colmar dans l'arrêt que nous venons de rapporter (n° 424).

426. Les conventions sont des faits juridiques par excellence; toutefois il y a des faits matériels qui parfois se mêlent aux conventions et qui peuvent, par conséquent, se prouver par témoins.

Le notaire constate que la partie qui s'est engagée à payer une certaine somme était dans un intervalle lucide, dans *son moment lucide*, disait l'acte. Cela impliquait que la partie était habituellement dans un état de démence. Or, ce n'est pas au notaire à juger si les personnes qui comparaissent devant lui sont ou non saines d'esprit. La déclaration du notaire ne faisait donc aucune foi. Restait un fait matériel, la démence ou l'intervalle lucide: ce fait peut être prouvé par témoins. Dira-t-on que c'est prouver contre l'acte? Non, car l'acte ne prouve rien en ce qui concerne l'état intellectuel des parties contractantes (2).

Il en est de même de l'état d'ivresse où se trouve l'une des parties. C'est un fait matériel qui se prouve par témoins (3). Et s'il est prouvé que la partie était incapable de consentir, à raison de la démence ou de l'ivresse, le

(1) Cassation, 27 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 398).
(2) Pau, 18 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3093, 1°).
(3) Angers, 12 décembre 1823 (Dalloz, *ibid.*, n° 348, 1°).

contrat sera nul; pour mieux dire, inexistant, puisqu'il n'y a pas de contrat sans consentement.

427. Quand la convention est prouvée ou avouée, et que le débat porte sur un fait qui s'y rattache, la preuve testimoniale sera-t-elle admissible? Oui, s'il s'agit d'un fait matériel. L'acheteur soutient que le cheval qu'il a acheté est rétif. Il a été jugé que la preuve de ce fait pouvait se faire par témoins. L'arrêt de la cour de cassation n'est pas très-précis. L'acheteur prétendait qu'il n'avait acheté le cheval que sous condition, et la cour décida que la preuve testimoniale était admissible, parce qu'elle ne portait que sur une condition alléguée par le demandeur lui-même (1). Ainsi formulée, la décision serait très-douteuse : la condition est une modalité du contrat; donc un fait juridique, et partant la preuve ne peut s'en faire par témoins.

428. Le cas fortuit se prouve par témoins (n° 405). Il y a cependant un motif de douter quand le cas fortuit est de telle nature qu'il produit nécessairement un effet juridique. La totalité de la récolte est enlevée par un cas fortuit; le fonds est possédé par un fermier. Il en résulte que le fermier a droit à une remise des fermages; c'est la conséquence nécessaire et juridique de la perte qu'il a éprouvée (art. 1769). Cependant il faut décider que la preuve testimoniale est admissible; car il s'agit d'un fait matériel qui par lui-même n'engendre ni droit ni obligation, ce qui est décisif (2).

429. La ratification, de même que la confirmation, peut se faire d'une manière tacite, c'est-à-dire que la volonté de ratifier ou de confirmer s'induit des faits qui impliquent nécessairement cette intention. Si ces faits sont des faits matériels, la preuve testimoniale en sera admise. La cour de Caen l'a jugé ainsi, mais en termes trop absolus, en disant que la preuve par écrit ne saurait être exigée quand il s'agit d'une ratification tacite (3).

430. Une administration communale traite avec un

(1) Rejet, 25 août 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4670).
(2) Paris, 22 juin 1872 (Dalloz, 1872, 2, 233).
(3) Caen, 27 janvier 1846 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4570).

artiste industriel pour la livraison de trente candélabres en fonte. Le modèle de ces candélabres est-il la propriété de l'artiste? ou la commune peut-elle en disposer? La commune soutint qu'elle avait elle-même fourni un modèle; l'artiste prétendit que c'était une ébauche informe qu'il avait restituée. Le fait de la restitution pouvait-il être prouvé par témoins? Oui, d'après un arrêt de la cour de Liége (1), qui nous laisse quelque doute. La remise n'avait pas été constatée par écrit; donc, dit la cour, la restitution ne devait pas l'être. Ce raisonnement est-il bien juste? Le fait litigieux était la restitution. Ce fait est-il un fait matériel pur et simple? Non, donc il devait être prouvé par écrit.

IV. *Des faits mixtes.*

431. Les faits ne se présentent pas toujours dans la simplicité que la théorie suppose. Il arrive souvent qu'un seul et même fait comprend des éléments complexes, l'un matériel, l'autre juridique. Dans ce cas, on ne peut pas procéder d'une manière absolue et dire que la preuve testimoniale est admissible parce qu'il y a un fait matériel à prouver, ou qu'elle n'est pas admissible à raison du fait juridique qu'il s'agit d'établir. Les divers éléments d'un fait ne forment pas un tout indivisible; il faut donc les séparer en appliquant à chacun les principes qui régissent les faits selon qu'ils sont juridiques ou purs et simples, c'est-à-dire prouver par témoins l'élément matériel du fait et prouver par écrit, dans le sens de l'art. 1341, l'élément juridique (2).

432. La possession est un fait matériel, toutefois il peut s'y mêler un élément juridique. Je prétends avoir possédé par l'intermédiaire d'un tiers, qui est mon fermier. Il faut que je prouve que ce tiers qui a occupé le fonds était mon fermier. Comment ferai-je cette preuve? Par témoins, parce que la possession est de fait? Non;

(1 Liége, 2 février 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 121).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 428 et suiv., § 762. Larombière, t. V, p. 139, n° 7 de l'article 1341 (Ed. B., t. III, p. 156).

car le fait est complexe : il ne suffit pas que je prouve qu'un tiers a possédé, voilà le fait matériel que je prouverai par témoins; il faut encore que je prouve que le tiers a possédé pour moi comme fermier; ce dernier fait est juridique, puisqu'il implique l'existence d'un contrat entre le possesseur et moi, et les contrats ne se prouvent pas par témoins.

433. Je réclame des dommages-intérêts à raison de l'inexécution du contrat par le débiteur. Cela suppose que le débiteur est en faute. Comment prouverai-je ma demande? Une faute est un fait matériel de négligence ou d'imprudence : est-ce à dire que je pourrai prouver l'objet de ma demande par témoins? Une faute contractuelle est un fait complexe; il suppose d'abord une convention, donc un fait juridique qui ne s'établit pas par témoins. C'est seulement quand j'aurai prouvé à quoi le débiteur est obligé que je serai admis à établir par témoins le fait matériel de la faute, ainsi que du dommage qui en est résulté pour moi (1).

434. C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si l'interruption de la prescription peut se prouver par témoins. L'interruption de la prescription peut résulter ou d'un fait matériel ou d'un fait juridique; la loi prend soin de les distinguer. « Il y a interruption naturelle, dit l'article 2243, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers. » Le mot *naturelle* est synonyme de matérielle, ce qui décide la question de preuve. « Une citation en justice, un commandement, ou une saisie, signifiés à celui que l'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile » (art. 2244). Le mot *civile* indique ici un fait juridique, lequel se prouve naturellement par l'écrit qui constitue l'interruption. D'après l'article 2248, » la prescription est encore interrompue par la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait. » La reconnaissance est un fait juridique,

(1) Duranton, t. XIII, p. 393, n° 359.

donc elle rentre dans la prohibition de l'article 1341. Il y a encore une difficulté en cette matière, quand la reconnaissance résulte du payement. Le payement est un fait juridique; peut-il se prouver par témoins? Oui, s'il ne dépasse pas 150 fr.; non, quand il dépasse cette somme. Nous reviendrons sur la question (1).

N° 2. ÉTENDUE DE LA PROHIBITION.

435. La prohibition n'est pas absolue. Aux termes de l'article 1341, il doit être passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs. Donc quand la chose ne dépasse pas cette valeur, la preuve testimoniale est admissible. Pourquoi, malgré les inconvénients et les dangers que présente la preuve par témoins, la loi l'autorise-t-elle lorsque le fait litigieux n'a qu'une valeur modique? On peut dire d'abord que la subornation est moins à craindre. Mais ce n'est pas là le motif unique de l'exception que la loi apporte à la règle : les transactions d'une valeur de moins de 150 francs se font surtout entre personnes des classes peu aisées de la société, et qui par cela même sont trop souvent illettrées. Exiger d'elles un écrit pour toute espèce de conventions, c'eût été les forcer de recourir à un notaire et, par suite, les assujettir à des frais qui seraient hors de toute proportion avec l'intérêt du contrat. Il est vrai que la preuve du fait litigieux devant se faire par témoins, il en résultera également des frais énormes en comparaison de l'intérêt modique du litige; c'est un grand mal, mais il est moindre que le déni de justice qui résulterait de la prohibition absolue de la preuve testimoniale; elle aboutirait à empêcher les parties de traiter, ou elle les mettrait dans l'impossibilité de prouver leur droit en justice. Il y a un autre remède au mal, c'est que le législateur simplifie la procédure et diminue les frais (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 429, notes 11 et 12, § 762.
(2) Comparez Demante et Colmet de Santerre, t. V, p. 590, n° 315 et p. 594, n° 315 *bis* IX.

I. *Le chiffre.*

436. L'ordonnance de 1667 fixait le chiffre de 100 livres comme limite au delà de laquelle la preuve testimoniale n'était pas admise. Il en était de même de l'ordonnance de Moulins. En portant le chiffre de 100 livres à 150 fr., le législateur moderne n'a pas eu égard à toute la différence de valeur qui existe entre une somme de 100 livres au XVIe et au XVIIe siècle et cette même somme au XIXe. L'orateur du gouvernement en fait la remarque, et il paraît attribuer cette aggravation des anciennes lois à la mauvaise foi des hommes. Jaubert, le rapporteur du Tribunat, dit aussi que les circonstances morales n'étaient pas propres à encourager le législateur à étendre la preuve testimoniale. Nous constatons le motif, parce qu'il est donné par les auteurs de la loi; il faut donc en tenir compte. Jaubert en ajoute un autre, c'est que l'usage de l'écriture est devenu plus familier depuis le XVIIe siècle (1). Ici est la vraie solution du problème : éclairer les populations en les moralisant; des consciences éclairées se prêteront certes plus difficilement à la corruption que des consciences aveuglées par l'ignorance et les préjugés qui l'accompagnent.

437. Il y a des cas où, par exception, la preuve testimoniale n'est pas admise, même en dessous de 150 fr.

L'article 1341 consacre une de ces exceptions en disposant qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. C'est le second principe que le code pose en cette matière; nous y reviendrons.

Les contrats et actes solennels ne se prouvent jamais par témoins, puisque la solennité est de l'essence de ces faits juridiques, quelque modique qu'en soit la valeur. Nous avons fait l'application de ce principe aux donations et aux testaments; il s'applique encore au contrat de mariage et à l'hypothèque. Il y a des faits juridiques

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 210; Jaubert, Rapport, n° 26 (Locré, t. VI, p. 185 et 232).

qui, sans être solennels, ne peuvent se prouver que par écrit. Telle est, dans notre opinion, l'autorisation expresse que le mari donne à sa femme. La loi dit aussi de la transaction qu'elle doit être rédigée par écrit (art. 2044). On a prétendu que l'article 816 prescrivait un écrit pour la preuve du partage; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*. Des doutes ont encore été émis sur le cautionnement, parce que l'article 2015 dit qu'il doit être *exprès* et qu'il *ne se présume pas*. A notre avis, il n'y a pas lieu à doute, pas plus que pour la novation, dont l'article 1273 dit également qu'elle ne se présume pas et que la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'*acte*; les articles 1273 et 2015 ne font qu appliquer le droit commun.

L'article 1715 établit une véritable exception en statuant que si le bail verbal n'a encore reçu aucune exécution et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix. Nous expliquerons cette disposition au titre du *Louage*.

438. La cour de Bruxelles a jugé, par deux arrêts, que la preuve par témoins était admise pour prouver l'apposition d'affiches requises pour la vente de biens des mineurs. Ces décisions ont été cassées et avec raison. Les appositions d'affiches doivent être constatées par des procès-verbaux d'huissier; cela résulte des articles 1 et 4 de la loi du 7 messidor an II et de l'article 6 de la loi du 11 brumaire an VII. Or, lorsque la loi ordonne que l'observation d'une formalité soit constatée par écrit, elle exclut par cela même la preuve par témoins de son accomplissement. Cela est vrai surtout des formalités judiciaires; par leur nature même, elles doivent être justifiées par l'acte qui les constitue. La cour de cassation dit que la pratique contraire serait de la plus dangereuse conséquence pour les mineurs; il importe que les formalités que la loi prescrit pour leur protection soient rigoureusement observées, puisque eux-mêmes sont incapables de veiller à leurs intérêts (1).

(1) Cassation, 10 décembre 1810 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4675).

II. *Application.*

1. PREMIÈRE RÈGLE.

439. L'article 1341 dit qu'il doit être passé acte de toutes choses excédant la *somme* ou *valeur* de 150 francs. Quand il s'agit d'une *somme*, la loi s'applique d'elle-même. Mais la *valeur* implique la nécessité d'une évaluation. Qui évaluera la chose? Faut-il recourir à une expertise? Il est de principe que le juge est expert et qu'il ne doit ordonner une expertise que dans le cas où les documents et les circonstances de la cause ne lui permettent pas de faire lui-même l'estimation du fait litigieux. C'est surtout en matière d'enquête que le juge doit user du droit que la loi lui accorde; si le code prohibe la preuve testimoniale, c'est pour prévenir les longues et coûteuses procédures des enquêtes. Ce serait donc se mettre en opposition avec la volonté du législateur que d'ordonner des expertises inutiles, car les expertises aussi ne se font pas sans frais. Les auteurs sont unanimes sur ce point (1).

440. Le juge doit-il s'en tenir au chiffre fixé par les conclusions du demandeur? Si le défendeur le conteste, il n'y a pas de doute : toute contestation donne au juge le droit et lui fait un devoir de la décider. Le défendeur aurait intérêt à contester l'évaluation du demandeur si celui-ci avait fixé le chiffre trop bas, dans le but d'être admis à la preuve testimoniale; ce serait éluder la loi, et le juge doit la maintenir. Le code contient des dispositions formelles en ce sens : les articles 1343 et 1344, que nous expliquerons plus loin. Ces dispositions autorisent le juge à rejeter d'office la preuve testimoniale; nous croyons qu'il a le même droit lorsque le demandeur cherche à éluder la prohibition par une évaluation inexacte de la chose. La raison de décider est identique, c'est que la prohibition tient à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si le tribunal doit rejeter la preuve par témoins, quand le demandeur

(1) Duranton, t. XIII, p. 329, n° 317. Bonnier, t. I, p. 195, n° 158. Aubry et Rau, t. VI, p. 435, note 30, § 762. Colmet de Santerre, t. V, p. 598, n° 315 *bis* XIV.

restreint la demande à 150 francs, il doit aussi la rejeter quand, dès le principe, le demandeur a limité sa demande à cette somme par une évaluation inexacte de la chose. Ainsi le demandeur réclame des dommages-intérêts pour défaut d'exécution d'un contrat, il les évalue à 150 francs. Le défendeur peut contester ce chiffre et le juge a le droit et le devoir de le redresser. A notre avis, le juge le pourrait aussi et le devrait même, quoique le défendeur ne contestât pas. C'est l'application du principe qui gouverne cette matière : la prohibition étant d'ordre public, le consentement des parties ne dispense pas le juge de l'obligation de maintenir force à la loi (1).

441. Que faut-il décider si la valeur de la chose est indéterminée? La jurisprudence semble admettre que la preuve testimoniale n'est pas admissible si le chiffre est incertain et s'il n'est pas possible de le fixer d'une manière exacte. En théorie, on peut admettre cette opinion. En effet, la prohibition de la preuve par témoins est la règle (n° 397); c'est par exception que la loi admet cette preuve dangereuse et incertaine. Si celui qui invoque l'exception ne parvient pas à établir la valeur exacte de la chose, il reste par cela même sous l'empire de la règle, c'est-à-dire de la prohibition. Mais cela n'est vrai que lorsque l'évaluation est impossible. Telle est l'espèce dans laquelle la cour de Metz a jugé en termes trop absolus que la preuve testimoniale doit être rejetée quand la valeur de la chose est indéterminée. Une veuve avait remis en gage pour 40 francs plusieurs reconnaissances du mont-de-piété : le créancier gagiste, abusant du dépôt, avait vendu les choses engagées et, par suite, il devenait impossible de les évaluer. Si réellement il y avait impossibilité, la décision de la cour est juste; elle ne pouvait ordonner la preuve testimoniale, puisque le résultat aurait pu être la preuve par témoins d'un dépôt excédant 150 francs (2).

(1) Comparez Bonnier, t. I, p. 195, n° 159; Aubry et Rau, t. VI, p. 435, note 31, § 762. Larombière, t. V, p. 13, n° 9 de l'article 1341 (Ed. B., t. III, p. 156).

(2) Metz, 31 janvier 1821 (Dalloz, au mot *Abus de confiance*, n° 187, 4e espèce).

Dans une autre espèce, la cour de Bordeaux a rejeté la preuve testimoniale parce que les dommages dont se plaignait le locataire étaient indéterminés; néanmoins la cour condamna le bailleur à 100 francs de dommages-intérêts. Cela prouvait que la valeur de la chose demandée pouvait être déterminée; dès lors il n'y avait plus de motif de rejeter la preuve testimoniale; le juge aurait dû ordonner au demandeur d'évaluer le montant de sa réclamation, sauf à ne pas tenir compte de l'enquête si elle établissait un dommage supérieur à 150 francs (1).

A plus forte raison la preuve testimoniale est-elle admissible quand la demande a pour objet la revendication d'un immeuble. On a cependant jugé, sans autre motif, que cette demande devait être fondée sur des titres. Cela est vrai sous l'empire d'une loi qui ordonne la transcription; mais sous l'empire du code civil, il ne faut pas d'acte pour établir la vente contre les tiers; la preuve testimoniale est donc admissible si la valeur de la chose ne dépasse pas 150 francs (2). On a dit et jugé que la valeur des immeubles était nécessairement indéterminée (3). Cela n'est pas sérieux : toute chose a sa valeur, et la loi veut que la preuve par témoins soit admise quand la valeur ne dépasse pas 150 francs (4).

2. DEUXIÈME RÈGLE.

442. Quel moment faut-il considérer pour déterminer si la limite de 150 francs est ou non dépassée? Est-ce le moment où la demande est formée en justice? ou est-ce le moment où le fait juridique s'est passé? C'est en ce dernier sens, à notre avis, que la question doit être décidée. Le texte est formel; il ne dit pas que la preuve testimoniale est prohibée, sauf dans les cas où l'objet du litige ne dépasse pas 150 francs. La loi ne parle pas de

(1) Bordeaux, 26 juillet 1831 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 228, 2°).
(2) Liége, 16 mars 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4682, 1°, et *Pasicrisie*, 1820, p 20).
(3) Montpellier, 24 mai 1842 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 62).
(4) Douai, 7 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 61).

la preuve testimoniale, elle ne la prohibe qu'implicitement. Et d'où résulte la prohibition? C'est que les parties auraient dû dresser acte du fait juridique. « Il doit être passé acte, dit l'article 1341, de toutes choses dont la valeur excède 150 fr. » Quand cet acte doit-il être passé? La question implique la réponse : on dresse acte lorsque le fait juridique se passe, parce que c'est à ce moment que l'attention des parties se porte sur l'écrit qui peut leur être nécessaire s'il s'agissait de prouver le fait en justice. Il y a plus, c'est seulement à ce moment que la rédaction de l'acte peut être exigée par les parties contractantes; après que le fait juridique est consommé, la partie intéressée à le nier refuserait naturellement d'en dresser acte. Quand donc l'article 1341 dit qu'il doit être passé acte de toutes *choses*, elle ne peut avoir en vue que l'époque où les *choses* se sont passées. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur le sens du texte. Quand les parties doivent-elles savoir s'il est de leur intérêt de se procurer une preuve littérale? C'est au moment où elles traitent; c'est donc la valeur du fait à ce moment qui est décisive. Les parties ne peuvent pas prévoir quelle sera la valeur du fait lors de la demande, car le montant pécuniaire de la demande peut différer en plus ou en moins de la valeur que le fait a lorsque le consentement des parties intervient. Il y a une autre considération qui est péremptoire en ce qui concerne l'esprit de la loi. Pourquoi a-t-elle consacré le principe que *lettres passent témoins?* Parce que les actes sont dressés à l'instant même où les parties traitent, alors qu'elles viennent de débattre leurs intérêts; un écrit rédigé dans ces circonstances présente toutes les garanties possibles de sincérité et d'exactitude. Donc l'article 1341, en ordonnant de passer acte des choses qui dépassent la valeur de 150 francs a dû avoir en vue le moment où le fait juridique s'accomplit. Or, la prohibition de la preuve testimoniale est une conséquence de l'obligation de passer

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 430, note 13, § 762. Colmet de Santerre, t. V, p. 595 et 597, nos 315 *bis* X et XII.

acte; donc cette prohibition se reporte également à l'époque où le fait juridique se passe.

Le principe que nous venons de poser n'est pas à l'abri de la controverse. Nous commençons par en déduire les conséquences que la loi elle-même consacre dans les articles 1344 et 1343. Ces conséquences confirment le principe. Nous répondrons ensuite à l'objection que l'on puise dans l'article 1342.

a) Du cas prévu par l'article 1344.

443. « La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de 150 francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit » (art. 1344). Dans ces deux cas, le demandeur réclame une somme moindre de 150 francs; si l'admission de la preuve testimoniale dépendait du chiffre de la demande, il devrait être reçu à prouver par témoins qu'il lui est dû 100 ou 150 francs. Néanmoins la loi décide que cette preuve ne peut être admise. Pourquoi? Parce que la somme réclamée est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui, dépassant la somme ou la valeur de 150 francs, aurait dû être constatée par écrit. C'est donc parce que le fait juridique, au moment où il s'est passé, était d'une valeur supérieure à 150 francs que le code rejette la preuve testimoniale. Les parties sont en faute; à raison du montant pécuniaire de leur convention, elles auraient dû en dresser acte, d'après l'article 1341; si elles ne l'ont pas fait, la conséquence est qu'elles ne seront pas admises à la preuve testimoniale (1).

On objecte que cette décision est contraire à un autre principe. La prohibition de la preuve testimoniale est fondée, en partie, sur la crainte des faux témoignages; or, dans le système de la loi, la subornation n'est plus à craindre lorsque la chose a une valeur moindre de 150 fr.; donc, dit-on, si l'intérêt du litige ne dépasse pas 150 fr.,

(1) Toullier, t. V, 1, p. 36, n° 44.

la loi aurait dû admettre la preuve testimoniale. On en conclut que la prohibition de la preuve testimoniale n'est pas fondée sur la crainte des faux témoignages, ou que la loi est inconséquente. Nous répondons que si le fait juridique excède la valeur de 150 francs, les témoins viendraient déposer sur ce fait, en déclarant que la somme réclamée est le restant d'une dette de 200 francs ou en fait partie; or, au delà de 150 francs, la loi n'ajoute pas foi aux témoignages; donc elle devait repousser la preuve testimoniale dans les deux cas prévus par l'article 1344.

444. Quel est le sens des derniers mots de l'article 1344 : « une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit? » La rédaction suppose qu'il y a des cas où le demandeur a recours à la preuve testimoniale, alors que la créance dont il réclame le restant ou une partie est prouvée par écrit. Toullier s'est mis à rechercher quelles pourraient être ces hypothèses. Il y a une explication plus simple (1). On doit toujours interpréter les lois d'après la matière dont elles traitent, *pro subjecta materia,* comme on dit à l'école. Quand une créance doit-elle être prouvée par écrit? Lorsqu'elle dépasse 150 fr. Donc une créance plus forte qui n'est pas prouvée par écrit est une créance dont, à raison de sa valeur, les parties auraient dû passer acte conformément à la règle établie par l'article 1341.

445. Une créance de 300 francs se divise entre deux héritiers par moitié. L'un d'eux réclame en justice les 150 francs qui lui sont dus. Est-il admis à faire cette preuve par témoins? Le Tribunat a prévu la difficulté et l'a décidée négativement (2). Cette solution n'est pas douteuse. On considère, non le chiffre de la somme demandée, mais la valeur pécuniaire de la chose au moment où les parties ont traité; cette valeur étant de 300 francs, acte aurait dû être dressé. Si le créancier avait réclamé sa créance, il n'aurait pas été admis à la preuve par témoins, et ses héritiers ne peuvent avoir un droit que

(1) Aubry et Rau, t. VI, p 431, note 17, § 762. Comparez Toullier, t. V, 1, p. 39, n° 47.

(2) Observations du Tribunat, n° 75 (Locré, t. VI, p. 132).

n'avait point le défunt. C'est l'opinion de Pothier et de tous les auteurs (1).

446. Le créancier réclame 100 francs à titre d'intérêts d'un capital de 2,000 francs sans demander le remboursement du capital. Peut-il prouver sa demande par témoins? La négative est certaine. Peu importe le chiffre de la demande; il faut voir quelle était la valeur du fait juridique au moment où il s'est passé; or, pour une créance de 2,000 francs, il fallait dresser un acte. Il est vrai que la demande ne porte pas sur le capital; mais pour justifier la demande d'intérêts, le créancier devra prouver quel était le montant du capital; ce qui est décisif.

447. Le demandeur ne réclame que 150 francs; il est admis à la preuve testimoniale. Mais les témoins déposent que sa créance est de 200 francs. Le juge pourra-t-il tenir compte de l'enquête pour allouer la demande? Non; car le résultat de l'enquête prouve qu'elle ne pouvait pas être ordonnée. Le demandeur a voulu éluder la prohibition de la preuve testimoniale et se soustraire à l'application de l'article 1344. Il aurait dû déclarer que la somme de 150 francs qu'il réclamait faisait partie d'une créance plus forte; et s'il avait fait cette déclaration, le juge aurait dû rejeter sa demande. Il en doit être de même si, pour éluder la loi, il ne fait pas de déclaration. Le juge ne peut jamais fonder sa décision sur une enquête qui, à raison de la valeur de la chose, n'aurait pas pu être ordonnée (2).

448. Je vends une chose pour 300 francs. L'acheteur paye un à-compte de 150 francs. Je réclame en justice les 150 francs qui me restent dus : serai-je admis à la preuve testimoniale? Oui, dit-on; car ma créance n'a jamais été que de 150 francs, donc il n'en devait pas être dressé acte. Cela nous paraît très-douteux. Quel est le fait juridique intervenu entre les parties? Une vente. Quelle était l'importance pécuniaire du contrat : le prix était-il

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 789. Toullier, t. V, 1, p. 43, n° 51, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 431, note 16, § 762).

(2) Toullier, t. V, 1, p. 36, n° 45. Aubry et Rau t. VI, p. 430, note 15, § 762.

de 150 francs ou de 300? Il était de 300 francs, donc acte aurait dû être passé, d'après l'article 1341. C'est, en réalité, le cas prévu par l'article 1344 : la somme de 150 fr. que je réclame est le restant d'une créance plus forte; donc la preuve testimoniale ne peut être admise. Si elle l'était, les témoins viendraient déposer d'un fait juridique de 300 francs réduit par un payement partiel à 150 fr., ce que les articles 1341 et 1344 ne permettent point (1).

449. Pothier suppose le cas suivant : La dette est de 300 francs; le débiteur paye 150 francs et, en présence de témoins, il promet de payer dans six mois les 150 francs qu'il doit encore. Le créancier sera-t-il admis à la preuve testimoniale de cette dette? Oui, dit Pothier, et presque tous les auteurs sont de son avis : Aubry et Rau vont jusqu'à dire que cela est évident. A notre avis, la question doit être décidée en sens contraire. Quelle était la valeur pécuniaire du fait au moment où il s'est passé? Il était de 300 francs; donc acte aurait dû être dressé, d'après l'article 1341, et, par suite, la preuve testimoniale est inadmissible. Qu'est-ce que le demandeur réclame? 150 francs qui lui restent dus sur une créance plus forte; ce sont les termes de l'article 1344; donc la preuve par témoins ne peut être admise. Ce que l'on dit à l'appui de l'opinion contraire confirme notre décision. Ce n'est pas une réduction de l'ancienne créance, dit Toullier, c'est une *nouvelle obligation* postérieure à la *première*, qu'il s'agit de prouver par témoins, et cette obligation nouvelle n'est que de 150 francs. Nous répondons que s'il y avait une nouvelle obligation remplaçant la première, il y aurait novation. Or, il n'y a de novation que lorsqu'il y a un nouveau débiteur, un nouveau créancier ou une nouvelle dette; et, dans l'espèce, le débiteur, le créancier et la dette restent les mêmes. Il n'y a donc pas d'obligation nouvelle; c'est l'ancienne qui subsiste, soldée en partie, ce qui rend l'article 1344 applicable. Les éditeurs de Zachariæ n'ont pas osé dire qu'il y

(1) Larombière, t. V, p. 57, n° 17 de l'article 1341 (Ed. B., t. III, p. 158). En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 339, n° 322.

avait une novation ; c'est une reconnaissance, disent-ils. Reconnaissance, soit. Mais quel est l'effet de cette reconnaissance? Est-ce une dette nouvelle qui se forme? Non, donc l'ancienne dette subsiste, et ce que le créancier réclame est bien un *restant* de ce qui lui était dû (1). Donc l'article 1344 est applicable.

b) Du cas prévu par l'article 1343.

450. L'article 1343 porte : « Celui qui a formé une demande excédant 150 francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive. » Je demande 200 francs; ne parvenant pas à prouver ma créance, je la restreins à 150 francs. La loi ne me permet pas de prouver ma créance par témoins; si elle avait égard à la somme réclamée en justice, elle devrait admettre la preuve testimoniale; elle la rejette parce qu'elle considère le moment où le fait juridique s'est passé et, à ce moment, de l'aveu du créancier, la chose excédait la valeur de 150 francs, il aurait donc dû dresser acte; ne l'ayant pas fait, il ne peut être admis à la preuve testimoniale. Toullier trouve que cette application que la loi fait de la règle de l'article 1341 est très-rigoureuse. Si le créancier, dit-il, réduit sa demande à 150 francs, il n'y a plus à craindre la subornation des témoins, et c'est là le grand motif de la défense; le motif cessant, la prohibition devrait cesser (2). Nous répondons à l'objection que le créancier est en faute; il devait dresser acte de la créance, d'après l'article 1341, puisqu'elle dépassait 150 francs; il doit subir la conséquence de sa négligence. D'ailleurs les témoins, si on les entendait, viendraient déposer, non sur la créance réduite, mais sur la créance primitive; donc sur un fait juridique qui dépasse 150 francs, ce que la loi ne permet pas.

(1) Larombière, t. V, p. 53, n° 15 de l'article 1341 (Éd. B., t. III, p. 158). En sens contraire, Pothier, *Des obligations*, n° 790. Toullier, t. V, 1, p. 38, n° 46; Duranton, t. XIII, p. 339, n° 322. Marcadé, t. V, p. 121, n° III de l'article 1344. Aubry et Rau, t. VI, p. 431, note 18, § 762.

(2) Toullier, t. V, 1, p. 38, n° 42.

451. L'article 1343 suppose que le créancier réduit sa demande pour être admis à la preuve testimoniale; il veut donc éluder la prohibition, c'est une raison décisive pour la maintenir. Mais il se pourrait que la demande primitive fût une erreur; le demandeur croyait qu'il lui était dû 200 francs, il s'est trompé : sa créance n'est que de 150 francs. Est-il admis à prouver son erreur? Toullier croit que l'article 1344 ne permet pas la preuve testimoniale. S'il en était ainsi, il aurait raison de se plaindre de la rigueur du code. Mais tel n'est pas l'esprit de la loi. Il y a d'ailleurs le principe général qui permet de demander la nullité de tout fait juridique vicié par l'erreur. Le créancier peut donc corriger sa demande en prouvant qu'il s'est trompé : c'est le droit commun, et le code n'y déroge point dans l'article 1343 (1).

c) Du cas où le fait juridique est inférieur à 150 francs.

452. On suppose que la convention, au moment où elle s'est formée, n'avait qu'une valeur pécuniaire de 150 fr. La demande dépasse ce chiffre : pourra-t-elle être prouvée par témoins? Ce cas n'est pas prévu par le code. Si l'on admet le principe tel que nous venons de l'exposer d'après les articles 1341, 1343 et 1344, la solution n'est pas douteuse. Ce n'est pas le chiffre de la demande qu'il faut considérer, c'est la valeur qu'avait la chose lors du contrat; or, à ce moment, elle ne dépassait pas la valeur de 150 francs : cela est décisif.

La question est cependant controversée. Il y a des auteurs qui enseignent qu'il faut tenir compte, non-seulement de la valeur du fait juridique, mais aussi du chiffre de la demande. Ils invoquent le motif sur lequel repose la prohibition de la preuve testimoniale : c'est la crainte des faux témoignages. Sans doute la subornation des témoins n'est pas à craindre, dans le système de la loi, lorsque la valeur du fait juridique ne dépasse pas 150 francs; mais si la chose demandée a une valeur plus

(1) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 431, note 19, § 762.

grande, il y a danger; donc, dans l'esprit de la loi, il faut écarter la preuve testimoniale. Le cas peut se présenter pour la société. Les mises sociales ne s'élèvent qu'à 150 francs ; la société prospère, et l'un des associés réclame, pour sa part dans les bénéfices, une somme de 10,000 francs : lui permettra-t-on de prouver sa demande par témoins? Il aurait un si grand intérêt à les suborner qu'il faut se garder de l'y exciter; donc la preuve testimoniale devra être rejetée (1).

Ces considérations ne manquent pas de gravité, mais il faut voir si elles sont en harmonie avec le texte de la loi. On invoque l'article 1342; nous y reviendrons, et nous prouverons que cet article, loin de déroger à la règle de l'article 1341, ne fait que l'appliquer. C'est donc l'article 1341 qui doit décider la difficulté. Ainsi posée, la question n'est plus douteuse. La loi ne prohibe pas la preuve testimoniale, comme on le prétend, quand le montant de la demande dépasse 150 francs, bien que la valeur du fait primitif soit moindre : la loi dit qu'acte sera passé de la convention si elle excède 150 francs; donc si elle est inférieure à ce chiffre, il ne doit pas être dressé d'acte, c'est-à-dire que, dans ce cas, la preuve testimoniale sera admissible. Il faudrait une disposition qui dérogeât à la règle de l'article 1341 pour admettre l'opinion que nous critiquons; or, il n'y a pas d'exception au principe établi par l'article 1341, c'est donc là le seul et le vrai principe qu'il faut appliquer (2).

2. TROISIÈME RÈGLE.

453. Pour apprécier la valeur de la chose litigieuse, on doit avoir égard non-seulement à la prestation principale, mais encore aux prestations accessoires qui s'y trouvent stipulées. L'article 1342 établit cette règle en l'appliquant au prêt à intérêt; il porte : La règle (établie par l'article 1341) s'applique au cas où l'action contient,

(1) Bonnier, t. I, p. 202, n° 164. Marcadé, t. V, p. 117, n° I de l'article 1342.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 432, note 23. Colmet de Santerre, t. V, p 596. n° 315 *bis* XI.

outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de 150 francs. » Je demande en justice 200 francs, dont 50 à titre d'intérêts et 150 à titre de capital : la loi décide que je ne serai pas admis à la preuve testimoniale. Au premier abord, cette disposition paraît contraire au principe que nous avons déduit des articles 1341, 1343 et 1344. En effet, au moment où la convention s'est formée, elle ne s'élevait qu'à 150 francs; donc, dit-on, d'après notre principe, la preuve testimoniale devrait être admise. La loi la rejette; on en conclut que notre principe n'est pas exact, ou du moins qu'il faut le compléter en modifiant la règle en ce sens que l'on doit considérer deux époques pour déterminer si la preuve testimoniale est admissible, celle de la formation du contrat et celle de la demande judiciaire; si, à l'une de ces époques, la chose dépasse 150 fr., la preuve testimoniale ne sera pas admise.

Nous croyons que l'interprétation que l'on donne à l'article 1342 n'est pas exacte. Le texte même implique qu'il n'entend pas déroger à l'article 1341, ni le modifier, car il porte : « *La règle ci-dessus s'applique* au cas, etc. » Donc c'est l'application pure et simple de la règle établie par l'article 1341. Ce qui a trompé les partisans de l'opinion contraire, c'est qu'ils n'ont pas réfléchi que le fait prévu par l'article 1342 est un fait complexe. Je vous prête à intérêt une somme de 150 francs : est-ce que la valeur du fait juridique n'est que de cette somme? Non, car outre les 150 francs, vous devez les intérêts; ces intérêts commencent à courir le jour même du prêt et en vertu du prêt; donc les 100 francs que je réclame me sont dus en vertu de la convention; la convention dépassait, par conséquent, 250 francs à raison des accessoires qui y sont compris; partant il fallait dresser acte, par application de l'article 1341. Le créancier pouvait et devait prévoir que la valeur de la chose irait tous les jours croissant. Dira-t-il que régulièrement les intérêts sont payés et que, par suite, il ne pouvait s'attendre à un accroissement de la créance? On lui répondra que, du moment que les intérêts ne lui sont pas payés. il sait que sa demande

dépassera 150 francs, qu'il est donc en faute de n'avoir pas exigé un écrit du débiteur qui ne payait pas les intérêts. Ainsi le texte et l'esprit de la loi concourent pour faire rejeter la preuve testimoniale (1).

454. C'est dans cet esprit qu'il faut appliquer l'article 1342. Le créancier demande le capital, les intérêts lui ayant été payés : sera-t-il admis à prouver par témoins qu'il lui est dû 150 francs? Non; ce n'est pas le chiffre de la demande que l'on doit considérer, c'est la valeur du fait juridique au moment où il s'est formé. Or, à ce moment, il s'agissait, non d'une dette de 150 francs, mais d'un prêt de 150 francs avec stipulation d'intérêts, donc d'une valeur dépassant 150 francs; acte devait être dressé et, à défaut d'acte, la preuve testimoniale ne sera pas admise (2).

Le créancier demande les intérêts s'élevant à 50 francs : pourra-t-il prouver sa demande par témoins? Non, car il ne peut réclamer les intérêts qu'en prouvant la convention en vertu de laquelle ils sont dus. Or, cette convention est complexe; bien qu'en apparence elle ne soit que de 150 francs, comme nous le supposons, en réalité elle excède cette valeur; donc elle devait être constatée par écrit et, à défaut d'acte, la preuve testimoniale ne sera pas admissible (3).

Le créancier demande 150 francs, intérêts compris. Pendant l'instance, les intérêts continuent à courir, de sorte que lors du jugement la créance s'élève à 160 fr. Le juge pourra-t-il décider d'après le résultat de l'enquête? Oui, de l'aveu de tous. En effet, il est de principe que la position du demandeur est fixée lors de l'introduction de l'instance, les lenteurs de la justice ne devant pas lui nuire; or, la demande ne portait que sur une somme de 150 francs, donc l'article 1342 n'est plus applicable; il rejette la preuve testimoniale dans le cas où le capital et les intérêts réunis excèdent la somme de 150 francs; donc

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 434, note 27. Colmet de Santerre, t. V, p. 604, n° 316 *bis* I.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 605, n° 316 *bis* II.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 434, note 28, § 762.

il admet implicitement la preuve par témoins si le total ne dépasse pas 150 francs (1). Cela nous paraît douteux et inconciliable avec les décisions que nous venons de donner conformément à la doctrine des auteurs. Il ne faut pas considérer la valeur de la demande, c'est le montant du fait litigieux qui décide; or, ce fait était, nous le supposons, un prêt de 100 francs avec stipulation d'intérêts, donc un fait complexe s'accroissant chaque jour; dès lors il devait être constaté par écrit, conformément à la règle de l'article 1341 et, à défaut d'acte, la preuve testimoniale doit être rejetée. Telle est la rigueur du principe. L'argument que l'on tire du texte de l'article 1342 nous touche peu, c'est un argument *à contrario*, et la disposition d'où on le déduit est une application de la règle; c'est donc à la règle qu'il faut remonter, et la règle ne nous paraît pas douteuse.

455. Une clause pénale est stipulée pour simple retard dans l'exécution de l'obligation. Faut-il réunir au capital la somme que le débiteur doit, à titre de peine, pour déterminer si le créancier sera admis à la preuve testimoniale? L'affirmative est certaine. Elle découle de la règle dont l'article 1342 contient une application. Quand je stipule 150 francs, plus une peine de 25 francs en cas de retard, le fait juridique s'élève à 175 francs en cas de retard; donc il excède la valeur de 150 francs, ce qui nous place sous l'empire de la règle qui veut qu'un acte soit passé (2). On objecte qu'il y a une différence entre le cas prévu par l'article 1342 et la clause pénale : les intérêts courent nécessairement, le créancier y a toujours droit, tandis que la peine n'est due que si le débiteur est en demeure. La dette n'est donc pas nécessairement supérieure à 150 francs. Cela est vrai, mais il suffit qu'elle puisse dépasser cette somme pour que l'article 1341 soit applicable. Les dettes conditionnelles qui excèdent 150 francs devraient, sans doute aucun, être constatées par écrit; or, la peine est une dette conditionnelle : cela est décisif.

(1) Duranton, t. XIII, p. 332, n° 319. Aubry et Rau, t. VI, p. 434, note 26, § 762. Colmet de Santerre, t. V, p. 605, n° 316 *bis* III.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 434, § 762.

456. Il en serait autrement si aucune peine n'avait été stipulée et si le créancier réclamait des dommages-intérêts à raison de la demeure du débiteur; quand même le capital réuni aux dommages-intérêts dépasserait 150 fr., la preuve testimoniale serait admissible si le fait juridique n'excédait pas cette somme. Cela est contradictoire en apparence; la clause pénale n'est autre chose que la compensation du dommage que le créancier souffre du retard; pourquoi donc les dommages-intérêts conventionnels ne peuvent-ils pas se prouver par témoins, tandis que l'on prouve par témoins les dommages-intérêts judiciaires? La raison en est que la clause pénale est un fait juridique qui, à ce titre, tombe sous l'application de l'article 1341; les dommages-intérêts judiciaires, au contraire, résultent de la demeure, c'est-à-dire d'une faute du débiteur; or, la faute est un fait matériel qui peut toujours être prouvé par témoins (1).

4. QUATRIÈME RÈGLE.

457. Il reste une difficulté, c'est de déterminer en quoi consiste l'objet qui forme la matière du fait dont la preuve doit être administrée en justice. Ici l'on doit avoir égard au litige; c'est l'objet du procès qui déterminera si la preuve testimoniale est ou non admissible, selon qu'il s'agira d'une valeur inférieure ou supérieure à 150 fr. Un seul et même fait juridique peut être l'objet de contestations différentes : tel est le payement. D'ordinaire il est invoqué uniquement pour établir la libération du débiteur; dans ce cas, il n'y a aucun doute; le payement est un fait juridique, donc il ne peut se prouver par témoins quand la somme payée dépasse 150 francs. Mais le payement peut aussi être invoqué comme fait d'exécution de l'obligation, soit pour en induire que la prescription a été interrompue, soit pour prouver la confirmation d'une obligation dont le débiteur pouvait demander la nullité. Qu'est-ce qui forme l'objet du débat dans ces cas?

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 435, note 29, § 762.

Ce n'est pas le payement comme tel, c'est l'interruption de la prescription, ou la confirmation de l'obligation. Il y a, dans ces cas, un fait complexe à prouver; le payement d'abord, puisqu'il est contesté; mais le payement n'est pas un fait isolé, ce n'est pas la libération qui est le vrai objet du débat. En veut-on la preuve? S'il s'agissait de prouver la libération, le débiteur serait demandeur, et c'est dans son intérêt que l'on constaterait que la dette a été payée. Dans l'espèce, c'est, au contraire, le créancier qui se prévaut du payement contre le débiteur; celui-ci le nie, tandis que le créancier l'allègue, dans son intérêt, pour en induire que, l'obligation ayant été exécutée, la prescription est interrompue, ou la nullité couverte par la confirmation tacite. De là suit que pour déterminer si le payement peut être prouvé par témoins, il ne suffit point d'avoir égard à la somme payée, il faut avoir égard aussi à la valeur du fait juridique; donc si l'obligation que le demandeur soutient n'être pas prescrite ou confirmée est supérieure à 150 francs, la preuve par témoins ne sera pas admise, quand même la somme payée serait inférieure à ce chiffre (1).

La jurisprudence, après quelque hésitation, s'est prononcée en ce sens. Il s'agit d'une rente dont le capital est de 1,000 francs. Le débirentier soutient que la rente est prescrite; le crédirentier lui oppose que la prescription a été interrompue par le payement des arrérages pendant une ou plusieurs années. Si les arrérages payés excèdent la somme de 150 francs, il n'y a aucun doute; le payement, alors même qu'il est invoqué pour établir l'interruption de la prescription, n'est pas un fait matériel, c'est un fait essentiellement juridique, et qui ne cesse pas de l'être quoiqu'il ne s'agisse point de la libération du débiteur; cela décide la question. Il y a des arrêts en sens contraire (2); il est inutile de les discuter, ce que nous venons de dire prouve suffisamment que ces décisions sont contraires à la loi et aux principes. Si les arrérages n'ont été

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 433, note 25, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Bruxelles, 10 décembre 1812 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4652, 1°), et 21 novembre 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 245).

payés que pendant une année, il s'agit en apparence d'un fait juridique de 50 francs, et l'on pourrait croire que la preuve testimoniale est admissible. La cour de cassation a jugé, et avec raison, qu'elle ne l'était pas, parce que l'objet de la contestation n'est pas le payement, c'est l'interruption de la prescription; il faut donc voir quelle est la valeur de l'obligation que le créancier prétend avoir été conservée par l'interruption de la prescription et, cette valeur dépassant 150 francs, la preuve testimoniale doit être rejetée (1). Il en serait de même, et pour identité de motifs, s'il s'agissait de la confirmation d'une obligation que le créancier demanderait à prouver par l'exécution volontaire, c'est-à-dire par le payement.

N° 3. SANCTION DE LA PROHIBITION.

I. *Article* 1345.

458. Le créancier fait plusieurs demandes dans la même instance, aucune n'est prouvée par écrit. Sera-t-il admis à la preuve par témoins? Il n'y a aucun doute si les demandes réunies ensemble n'excèdent pas 150 francs. Mais on suppose qu'elles dépassent cette somme. En principe, il faudrait décider que chaque créance formant un fait juridique à part, on doit appliquer à chacune d'elles la règle qui admet la preuve testimoniale lorsque la valeur du fait juridique est inférieure à 150 francs. L'application de la règle ne serait point douteuse si les créances proviennent de différentes causes et si elles se sont formées en différents temps. En effet, le créancier est alors en droit de dire que chaque créance forme un fait distinct; il peut donc invoquer l'article 1341, aux termes duquel la preuve testimoniale est admise de toutes choses qui n'excèdent pas la somme ou la valeur de 150 francs.

Telle était la jurisprudence avant l'ordonnance de 1667. Boiceau traite la question de légère; il dit que la preuve

(1) Cassation, 18 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 220); 17 novembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 459).

testimoniale doit être admise dès que les demandes, quoique formées par un même exploit et excédant 100 livres, sont fondées sur différentes conventions. Boiceau ajoute qu'il est inutile d'insister sur ce point, puisque c'était l'opinion de tous les praticiens (1). L'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 5) décida la question en sens contraire, comme le fait à sa suite l'article 1345 : « Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait pas de titre par écrit et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de 150 francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes et qu'elles se soient formées en différents temps. » Lors de la discussion de l'ordonnance de 1667, l'innovation proposée par Pussort, le rédacteur du projet, fut combattue par le premier président Lamoignon, qui dit que l'article était contre le droit et contre l'usage. Pussort répondit que la disposition avait pour objet d'empêcher que, par le moyen « de deux faux témoins, l'on ne se rendît maître du bien des hommes (2). » Pothier avoue qu'en principe la preuve testimoniale devrait être admise; car, dit-il, l'ordonnance n'ayant ordonné de dresser des actes que des choses qui excèdent la somme de 100 livres, il semble que l'on ne peut imputer au demandeur de ne s'en être pas procuré une preuve par écrit et que la preuve testimoniale en doit être reçue. Il ajoute que l'ordonnance de 1667 a refusé la preuve par témoins au demandeur pour empêcher que des fripons ne subornent des témoins qui déposeraient que des sommes considérables sont dues par suite de diverses causes (3).

Les auteurs du code ont reproduit la disposition de l'ordonnance. Bigot-Préameneu donne comme motif que les témoins ne méritent pas plus de foi sur la cause ou sur l'*époque* de la dette que sur la dette elle-même; il ajoute que c'eût été un moyen facile d'éluder la prohibi-

(1) Boiceau, c. XVIII, n° 12, p. 565.
(2) Toullier, t. V, I, p. 41, n° 49.
(3) Pothier, *Des obligations*, n° 791.

tion de la preuve testimoniale (1). Cette dernière raison nous paraît décisive (2), malgré les critiques de Toullier. La prohibition doit avoir une sanction; il fallait donc veiller avant tout à ce qu'elle ne fût pas éludée. Tel est l'objet de l'article 1345; il ne faut pas le perdre de vue quand il s'agit de l'interpréter.

459. Comment faut-il entendre ces termes de l'article : « la preuve par témoins n'*en* peut être admise? » Cela veut-il dire qu'aucune des créances ne peut être prouvée par témoins? C'est l'interprétation généralement admise (3). Colmet de Santerre dit très-bien qu'elle est contraire au sens grammatical de la loi; le pronom *en* se rapporte à tout ce qui précède, c'est-à-dire à l'exploit qui comprend *plusieurs demandes* dont il n'y a point de titre par écrit, alors que, *jointes ensemble*, elles excèdent la somme de 150 francs. C'est donc la demande complexe qui ne peut être prouvée par témoins, le texte ne dit point que les créances séparées ne peuvent être prouvées par témoins (4). L'opinion générale est aussi contraire à l'esprit de la loi. Pourquoi refuse-t-elle au créancir la preuve testimoniale? Parce qu'il demande plus que 150 francs; s'il avait demandé moins, il aurait certainement été admis à la preuve par témoins. Donc on ne peut pas la lui refuser pour les créances à l'égard desquelles la loi ne présume aucune fraude et à l'égard desquelles aucune faute n'est imputable au créancier. Or, au-dessous du chiffre de 150 fr., la loi ne soupçonne pas la subornation des témoins; et tant que les diverses créances ne dépassent pas ce chiffre, on ne peut imputer aucune faute au créancier. Cette dernière considération nous paraît décisive. Le grand reproche que l'on fait à l'article 1345, c'est que le créancier est puni sans qu'il soit en faute, puisque chacune de ses créances est inférieure à 150 fr. Que répond Pothier? « A l'égard de l'objection, la réponse

(1) Exposé des motifs, n° 209 (Locré, t. VI, p 185).
(2) Duranton, t. XIII, p. 347, n° 324. Marcadé, t. V, p. 128, n° IV de l'article 1345.
(3) Bruxelles, 7 février 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 53). Aubry et Rau, t. VI, p. 486, note 33, § 762.
(4) Colmet de Santerre, t. V, p. 608, n° 318 *bis* IV.

est que le créancier n'est pas obligé de se procurer une preuve littérale *tant que ses créances n'excèdent pas* 100 *livres ;* mais lorsque à celles qui n'excèdent pas cette somme il en ajoute une nouvelle qui fait monter le total de ses créances à plus de 100 livres, il doit en faire dresser un acte. » Sa faute ne commence donc qu'au moment où ses créances excèdent la somme de 100 francs ; étant sans faute pour les créances antérieures, il doit être admis à les prouver par témoins.

460. L'article 1345 dit : « Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes *dont il n'y ait point de titre par écrit,* etc. » Comment faut-il entendre ces mots? On les interprète en ce sens que l'on n'a aucun égard aux créances qui peuvent, par exception, se prouver par témoins, à quelque chiffre qu'elles s'élèvent; car ces créances ne doivent pas être prouvées par écrit, il faut donc en faire abstraction. Le demandeur réclame 150 fr. pour prêt et 200 fr. pour dépôt nécessaire; bien que les deux demandes réunies s'élèvent à 350 francs, il sera admis à prouver chacune d'elles par témoins, parce que, pour la première, il n'était pas tenu de dresser acte, d'après l'article 1341, et que, pour la seconde, il était dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, ce qui l'autorise à en faire preuve par témoins. Il en serait de même si, pour la créance de 200 francs, le demandeur avait un commencement de preuve par écrit. Sur ce dernier point, l'ordonnance de 1667 était formelle; elle portait : « Si, dans une même instance, la partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de preuve *ou de commencement de preuve par écrit.* » Les auteurs du code n'ayant pas reproduit ces derniers mots, on en pourrait conclure qu'ils ont entendu déroger à l'ordonnance, mais la dérogation serait inexplicable; et on ne trouve aucune trace, dans les travaux préparatoires, de la volonté d'innover. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Bigot-Préameneu dit que l'article 1345 a pour objet d'empêcher un fripon d'éluder la prohibition de la preuve testimoniale; cela suppose qu'il y a une prohibition; or, quand il s'agit de créances dont la loi admet indéfiniment la preuve par témoins, la

prohibition cesse, il ne peut donc pas s'agir d'éluder une prohibition qui n'existe pas (1).

L'article 1345 s'applique-t-il au compte de tutelle? Nous avons examiné la question en traitant de la tutelle (2).

461. La loi fait une exception à la prohibition de la preuve testimoniale dans le cas prévu par l'article 1345 : lorsque les droits réclamés par le demandeur « procèdent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes. » La raison en est simple; on ne peut suspecter la fraude que lorsque c'est un seul et même créancier qui contracte. S'il est créancier de 150 francs comme héritier de Pierre, de 150 francs comme légataire de Paul, de 150 francs comme donataire de Charles, et si, de son propre chef, il a une créance de 150 francs, il réclamera en tout 600 francs; néanmoins on ne peut lui appliquer l'article 1345, il sera admis à la preuve testimoniale. Il y avait quatre créanciers différents dans l'espèce, chacun d'eux avait le droit de prouver sa créance par témoins; leur ayant cause doit avoir le même droit; il n'y a aucun soupçon de fraude, donc il n'y a pas lieu de prohiber la preuve testimoniale pour prévenir la fraude.

II. *Article* 1346.

462. « Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues » (art. 1346). On admet généralement que cette disposition a un double but. D'abord c'est une sanction de l'article qui précède. Cela est d'évidence. L'article 1345 suppose que les diverses demandes ont été formées dans la même instance. Il serait très-facile d'éluder cette disposition si le prétendu créancier pouvait introduire diverses demandes pour chacune des

(1) Aubry et Rau, t. VI. p. 437, note 35, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 150, nº 135.

créances qu'il réclame. Il fallait donc une sanction à la prohibition; elle consiste naturellement à ordonner que toutes les demandes seront comprises dans un seul et même exploit.

Sur ce premier point il n'y a aucun doute; et ainsi entendue, la disposition est très-simple et d'une explication facile : elle se rattache à l'article 1345 et elle doit être interprétée dans le même sens. Mais on prétend que l'article 1346 a encore un autre objet, c'est de prévenir la multiplicité des procès qui sont ruineux pour le débiteur, surtout quand il s'agit de petites créances, parce que les frais absorbent et dépassent le montant du litige. De là on déduit une série de conséquences qui n'ont plus rien de commun avec la prohibition de la preuve testimoniale dont il est question daus l'article 1345. Sur quoi se fonde-t-on pour admettre que l'article 1345 a en vue un objet qui paraît étranger à la section où cette disposition est placée?

L'article 1346 est emprunté à l'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 6). Si l'ordonnance avait eu le sens que l'on prête à l'article 1346, Pothier en aurait certainement parlé, car les conséquences que l'on en déduit sont très-graves. Eh bien, Pothier n'en dit pas un mot; s'il garde le silence sur l'article 6, n'est-ce pas parce que, dans sa pensée, l'article 6 se confondait avec l'article 5 dont il forme la suite et qu'il est destiné à sanctionner? Cette supposition est justifiée par ce que dit par le garde des sceaux Pussort lors de la discussion de l'ordonnance. « Si, dit-il, on ne réduisait toutes les actions ensemble, on ne manquerait point de témoins affidés pour déposer; mais, ajoute-t-il, il y a été pourvu par l'article 6 (1). » On voit que l'auteur des dispositions qui sont devenues les articles 1345 et 1346 est uniquement préoccupé du danger de la subornation des témoins; c'est le seul motif de la sanction qu'il propose pour empêcher qu'on n'élude les prohibitions de l'ordonnance.

Voilà la tradition. Les auteurs du code auraient-ils eu

(1) Procès-verbal de l'ordonnance de 1667, p. 219.

l'intention d'innover? L'exposé des motifs garde le silence, et l'orateur du Tribunat donne un seul et même motif de toutes les dispositions qui suivent la règle établie par l'article 1341. « Le projet, dit-il, prend toutes précautions pour qu'elle ne puisse jamais être éludée. » Puis il analyse les articles 1342-1346; ils ont tous un seul et même but, celui que le rapporteur du Tribunat vient de signaler (1). Si l'article 1346 avait encore un autre objet, Jaubert, si exact, ne l'aurait-il pas mentionné? Telle est aussi l'interprétation que la plupart des auteurs donnent de l'article 1346 (2). Les auteurs modernes ont cru trouver dans le texte même de l'article 1346 la preuve qu'il y a des différences essentielles entre cette disposition et celle de l'article 1345, et ils disent que ces différences ne peuvent s'expliquer que par le double but qu'ils attribuent au législateur (3). N'est-ce pas faire dire à la loi ce que le législateur n'a pas songé à dire? C'est ce que nous allons examiner en entrant dans les difficultés de la matière.

463. L'article 1346 est-il applicable lorsque les demandes réunies n'excèdent pas la somme de 150 francs? Dans notre opinion, la négative est certaine. L'article 1346 a pour objet de sanctionner la prohibition de l'article 1345, et cette dernière disposition dit formellement que la preuve par témoins ne peut être admise lorsque les demandes jointes ensemble excèdent la somme de 150 francs. Tel est aussi l'esprit de la loi. Comment la disposition qui sanctionne une prohibition aurait-elle un autre sens que la prohibition? Et de quelle prohibition s'agit-il dans tous les articles de notre section, sinon de la défense de prouver par témoins une chose qui excède la valeur de 150 francs (4)?

Dans l'opinion contraire, on enseigne que l'article 1346 reçoit son application alors même que les demandes réu-

(1) Jaubert, Rapport, n° 27 (Locré, t. VI, p. 233).
(2) Duranton, t. XIII, p. 352, n° 326. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 521. Demante, t. V, p. 608, n° 319.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 437, note 37, § 762. Marcadé, t. V, p. 129, n° I de l'article 1346. Colmet de Santerre, t. V, p. 609, n° 319 *bis* I.
(4) Larombière, t. V, p. 66, n° 11 de l'article 1346 (Ed. B., t. III, p. 177)

nies n'excèdent pas ce chiffre. Sur quoi fonde-t-on cette interprétation (1)? D'abord sur la lettre de l'article 1346, qui est conçu en termes généraux. Il est vrai que l'article 1346 ne répète pas la restriction concernant la limite au delà de laquelle la preuve par témoins n'est pas admise; mais était-il nécessaire de la répéter alors que l'article 1346 est une suite de l'article 1345? Est-ce sainement interpréter les lois que d'isoler de la disposition qui est sanctionnée la disposition qui sert de sanction? Quand deux articles n'en font réellement qu'un, ne tient-on aucun compte de la première partie de la loi, quand il s'agit d'interpréter la deuxième qui en est la suite? On invoque l'esprit de la loi, elle veut prévenir la multiplicité des procès, dit-on. Nous avons répondu d'avance à cet argument qui fait dire à la loi ce qu'elle ne dit pas. Quand une disposition qui a pour objet essentiel de sanctionner une autre disposition, a encore un but différent, le législateur doit le dire, au lieu de laisser deviner sa pensée; s'il ne le dit pas, il est bien probable que la pensée qu'on lui suppose est celle des interprètes et non celle du législateur.

461. L'article 1346 est-il applicable aux droits et créances dont la preuve testimoniale est indéfiniment admissible, notamment aux cas où il y a un commencement de preuve par écrit et au cas où le créancier a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale? Non, dans notre opinion, et toujours par la même raison, c'est que l'article 1346, sanction et suite de l'article 1345, doit être interprété par cette dernière disposition; l'on ne doit, par conséquent, avoir aucun égard aux créances qui se prouvent par témoins, quelle que soit leur valeur. On nous oppose le texte qui, en apparence, diffère du texte de l'article 1345. L'article 1346 dit : les demandes qui ne sont pas *entièrement justifiées par écrit;* tandis que l'article 1345 dit seulement : « les demandes dont il n'y a pas de *titre par écrit*. Donc, dit-on, l'article 1346 est restrictif; on ne peut certes pas dire d'une créance qui se

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 438, note 38 du § 762.

preuve par témoins, avec un commencement de preuve par écrit, qu'elle est *entièrement justifiée par écrit*. On en conclut qu'il y a une différence entre les deux articles, et l'interprète en doit tenir compte. Nous disons que la différence est imaginaire. L'article 1345 parle des demandes *dont il n'y a point de titre par écrit* ; peut-on dire d'une créance qui se prouve par *témoins*, avec un commencement de preuve par écrit, qu'il y a un *titre par écrit* de la demande qui en est faite? Un *titre* est un *acte*; or, précisément quand on recourt à la preuve testimoniale en s'appuyant sur un commencement de preuve par écrit, il n'y a point d'*acte*, donc pas de titre : est-ce qu'un *commencement de preuve par écrit* est un *titre*, un *acte*? Ainsi les deux articles disent une seule et même chose. Cela est encore plus évident quand il s'agit de l'article 1348; dans ce cas, il n'y a aucun écrit, le demandeur ayant été dans l'impossibilité de s'en procurer un. Il n'y a, dans ce cas, aucune différence, en ce qui concerne la rédaction, entre les articles 1345 et 1346; et cependant, dans l'opinion contraire, on est obligé d'admettre une différence dont il n'y a aucune trace dans les textes et qui n'a aucun fondement dans l'esprit de la loi; on n'a pas égard aux créances de l'article 1348 dans l'application de l'article 1345, tandis qu'on y a égard dans l'application de l'article 1346. Pourquoi? On en chercherait vainement la raison.

Il y a plus; l'opinion contraire se met en opposition avec les articles 1347 et 1348. Ces articles consacrent des exceptions aux règles qui prohibent la preuve testimoniale. Quelles sont ces règles? Elles sont établies, avec leurs conséquences, par les articles 1341-1346. Est-ce que les articles 1347 et 1348, en y dérogeant, distinguent? Le législateur dit-il qu'il déroge aux règles des art. 1341-1345 et qu'il ne déroge pas à l'article 1346? Du tout; il dit : les *règles ci-dessus* reçoivent exception; donc toutes ces règles, celle de l'article 1346 aussi bien que celle de l'article 1345. Cela est décisif. Pour échapper à l'objection, on dit que l'article 1346 ne figurait pas dans le projet présenté par la commission de rédaction, c'est la sec-

tion de législation du conseil d'Etat qui l'a introduit dans le code; de là on infère que la section de législation et, à sa suite, le conseil d'Etat et le Tribunat ont oublié de modifier la rédaction de l'article 1347, en limitant cette disposition aux articles 1341-1345. Quelle laborieuse argumentation pour échapper au texte de l'article 1347! Notre réponse est très-simple et très-naturelle : les articles 1347 et 1348 s'appliquent à l'article 1346 par cela seul qu'ils s'appliquent à l'article 1345, parce que les deux articles n'en font qu'un. Il n'y avait donc pas lieu de modifier la rédaction des articles 1347 et 1348 quand on a inséré l'article 1346 dans le projet, car il y était déjà virtuellement compris (1).

463. L'article 1345 dispose que l'on ne doit pas tenir compte des droits qui, par succession, donation ou autrement, procèdent de personnes différentes. Cette exception n'est pas reproduite par l'article 1346; donc, dit-on, l'article 1346 comprend même les créances procédant de personnes différentes par succession ou autrement (2). La différence de rédaction est évidente, et le législateur semble même faire allusion à cette différence et la confirmer en disant : « Toutes les demandes, *à quelque titre que ce soit.* » Ces derniers mots paraissent se rapporter aux créances qui procèdent de personnes différentes. La réponse à l'objection est facile si l'on admet avec nous que l'article 1346 n'a d'autre objet que de sanctionner l'article 1345; dans cet ordre d'idées, la loi n'avait pas besoin de répéter l'exception qu'elle fait à la fin de l'article 1345; cette exception est virtuellement comprise dans l'article 1346, puisqu'il ne fait qu'un avec l'article 1345. Quant anx mots : *à quelque titre que ce soit,* ils reproduisent en termes concis les expressions de l'article 1345 : « Encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes et qu'elles se soient formées en différents temps. » Sans doute mieux eût valu reproduire tex-

(1) Larombière, t. V, p. 74, n° 19 de l'article 1346 (Éd. B. t. III, p. 180). En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 354, n° 327; Aubry et Rau, t. VI, p. 438, note 39, § 762; Colmet de Santerre, t. V, p. 609, n° 319 *bis* II.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 438 et note 40, § 762.

tuellement dans l'article 1346 ce qui était dit dans l'article 1345, mais le législateur ne pouvait pas deviner qu'on lui prêterait une intention qu'il n'a pas eue (1).

466. L'article 1346 donne lieu à d'autres difficultés étrangères à la controverse que nous venons d'examiner. On suppose que le demandeur a des créances qui ne sont pas exigibles : doit-il les comprendre dans l'exploit par lequel il réclame le payement des créances exigibles? Toullier répond que le demandeur ne peut ni joindre à une première demande celle d'une créance qui n'était pas exigible, parce que qui a terme ne doit rien, ni être forcé d'attendre l'échéance de la seconde créance pour demander la première qui était exigible (2). La réponse nous paraît péremptoire. De bons auteurs enseignent néanmoins que le créancier doit mentionner dans sa demande les dettes non échues. Ils avouent que le créancier ne peut littéralement exécuter la disposition de l'article 1346 *en formant la demande* d'une créance non exigible (3). L'aveu témoigne contre ceux qui le font. Dès que la lettre de l'article 1346 n'est pas applicable, on n'a pas le droit de l'appliquer. En effet, c'est une disposition pénale, et la peine de la déchéance que la loi prononce est si rigoureuse, que l'on a essayé d'échapper à la sévérité de la loi; et cette peine si dure, on veut l'étendre par voie d'interprétation! Cela heurte les principes les plus élémentaires et les plus essentiels de notre science. Disons la chose telle qu'elle est : les auteurs font la loi, ils la corrigent. Le législateur veut que le créancier *forme* toutes ses *demandes* par un seul exploit; les interprètes disent que de plus il doit *mentionner* dans sa demande les créances non échues qu'il prétend avoir. Donc les interprètes ajoutent au texte. Vainement disent-ils que tel est le vœu de la loi : il n'y a pas de peine fondée sur l'intention tacite du législateur; c'est à lui et à lui seul de dire ce qu'il veut et de sanctionner sa volonté par une peine.

(1) Larombière, t. V, p. 76, n° 20 de l'article 1346 (Ed. B , t. III, p. 180).
(2) Toullier, t. V, 1, p. 43, n° 50, suivi par Duranton, Bonnier et Marcadé.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 439, notes 41 et 42, § 762. Colmet de Santerre, t. V, p. 610, n° 319 *bis* III. Larombière, t. V, p. 76, n° 20 de l'article 1346 (Ed. B., t. III, p. 180).

467. L'article 1346 doit-il être appliqué aux créances qui, d'après l'allégation du demandeur, n'ont pris naissance qu'après l'introduction de sa demande? Voilà une question que l'on ne devrait pas même poser. Comment le demandeur comprendrait-il dans l'exploit le payement de créances qui n'existent pas encore? Et le punira-t-on parce qu'il n'a point fait ce qu'il ne pouvait pas faire? Nous croyons inutile d'insister. Qu'importe que Delvincourt ait soutenu le contraire? Quand une opinion a contre elle le texte de la loi et les principes, elle est condamnée (1).

468. L'article 1346 prononce une sanction sévère : « Toutes les demandes seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuve par écrit ne seront pas reçues. » En quel sens ces demandes ne sont-elles pas reçues? La fin de non-recevoir a pour conséquence la déchéance (2). Cela a paru d'une rigueur excessive aux interprètes; la plupart ont essayé d'échapper au texte. Ils l'expliquent en ce sens que le demandeur ne sera pas reçu à prouver ces demandes par témoins, quoiqu'elles ne dépassent pas la somme de 150 francs. C'est changer la loi ; les partisans mêmes de l'opinion généralement suivie ne s'en cachent point. Il semble, dit Colmet de Santerre, que la loi prononce une déchéance, une non-recevabilité des demandes, telle que les créances ne pourraient être prouvées ni par l'aveu ni par le serment. C'est avouer que la déchéance est établie par le texte de la loi. Qu'oppose-t-on au texte? Des considérations qui sont à l'adresse du législateur. Il ne s'agit pas d'intérêts sociaux assez importants, dit-on, pour que la prohibition puisse être *raisonnablement* sanctionnée par la nullité de la convention. Nous répondons que c'est au législateur à voir ce qui est *raisonnable*; l'interprète est lié par le texte, et il ne lui appartient pas de se mettre au-dessus de la loi, parce qu'il la trouve trop rigoureuse. On insiste, et l'on dit que la règle de l'article 1341 n'a

(1) Duranton, t. XIII, p. 355, n° 327, et tous les auteurs. Marcadé réfute longuement Delvincourt : à quoi bon?
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 440, note 41.

d'autre sanction que la prohibition de la preuve testimoniale; pourquoi l'article 1346 serait-il plus sévère, puisqu'il n'a pour objet que de garantir l'exécution de la règle (1)? Ici est l'erreur de l'opinion générale, à notre avis. Le créancier qui ne comprend pas dans son exploit toutes les créances qu'il prétend avoir, cherche à éluder la loi pour la violer. Le législateur le punit pour l'empêcher de la violer. On ne dira pas que le respect de la loi, et d'une loi d'ordre public, soit un intérêt social de peu d'importance.

On demande si le juge peut prononcer d'office la déchéance, ou la peine quelle qu'elle soit. L'affirmative n'est point douteuse dans l'opinion que nous avons enseignée sur la prohibition de la preuve testimoniale. Elle est d'ordre public, le juge doit la rejeter d'office; donc il doit aussi appliquer d'office les dispositions qui servent de sanction à la prohibition (2).

§ II. *Deuxième principe.*

N° 1. LETTRES PASSENT TÉMOINS.

469. L'article 1341 pose un second principe en ces termes : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr. » Ce principe était déjà admis en droit romain; quand vinrent les ténèbres du moyen âge, on donna la préférence à la preuve testimoniale sur la preuve littérale : les ignorants s'enorgueillissaient de leur ignorance. Comme les nobles ne savaient pas signer, ignorer les lettres devint une marque de noblesse, et il y a tel pays où les nobles semblent tenir à ce privilége; nous ne le leur envions

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 610, n° 319 *bis* IV. Larombière, t. V, p. 68, n° 12 de l'article 1346 (Ed. B., t. III, p. 177).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 440 et note 45. Larombière, t. V, p. 63, n° 5 de l'article 1346 (Ed. B., t. III, p. 176). En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 356, n° 328.

pas. Avec la renaissance, les ténèbres commencèrent à se dissiper; les actes prirent la place des témoignages, et les légistes posèrent comme règle que *lettres passent témoins*. On conçoit que la preuve testimoniale soit admise en l'absence d'actes et quand il n'a pas été possible au créancier de se procurer un écrit; mais lorsque les parties ont dressé un acte de leurs conventions, le bon sens dit que l'écrit mérite plus de foi que les témoignages qui seraient en opposition avec l'écrit (1). Nous en avons déjà fait la remarque : quand les parties écrivent leurs conventions au moment où elles les consentent, il y a toute probabilité qu'elles les formulent d'une manière exacte et complète, chacune des parties ayant intérêt à ce que la preuve littérale prévienne toute contestation; tandis que les témoignages que l'on invoquerait pour combattre les déclarations portées en l'acte sont par leur nature même incertains, abstraction faite de toute pensée de fraude. En ce sens on peut dire que les progrès de l'instruction auront pour résultat de remplacer la preuve testimoniale par la preuve littérale.

470. En quel sens lettres passent-elles témoins? L'article 1341 contient deux dispositions qui paraissent prévoir des cas différents. D'abord il défend de recevoir aucune preuve par témoins *contre* et *outre* le contenu aux actes. Les mots *contre* et *outre* marquent clairement le sens de la loi. Prouver *contre* l'acte, ce serait détruire l'acte en tout ou en partie. Il se peut que les parties contractantes n'aient pas exactement rendu leur pensée, puisque cela arrive même au législateur; mais là n'est point la question, il s'agit de savoir si l'on doit ajouter foi à ce que les parties ont dit au moment où elles venaient de traiter, de préférence à ce que des témoins viendront déclarer plus tard : la probabilité est certes en faveur des parties et de ce qu'elles ont mentionné dans l'acte, donc on ne doit pas écouter les témoins venant déposer contre l'acte (2). L'ar-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 599, n° 315 *bis* XVII. Aubry et Rau, t. VI, p. 442, note 1, § 763.
(2) Voyez les exemples traditionnels donnés par Pothier, *Des obligations*, n° 792; Duranton, t. XIII, p. 361, n° 330, et Colmet de Santerre, t. V, p. 599, n° 315 *bis* XVI.

ticle 1341 dit encore qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins *outre* le contenu aux actes. Prouver *outre*, c'est prouver que l'écrit est incomplet, que les parties ont négligé de constater par écrit telle clause, telle modalité de leurs conventions. Cela peut arriver ; il y a de ces négligences de rédaction dans nos lois ; mais, encore une fois, il ne s'agit pas de savoir si les parties peuvent se tromper, il s'agit de savoir si la probabilité est pour le témoignage écrit émané des parties intéressées, ou si elle est pour le témoignage oral de ceux qui auront assisté à la rédaction, mais qui n'y auront pas prêté la même attention que les parties contractantes, parce qu'elles n'y ont aucun intérêt. Ici encore le bon sens répond que lettres passent témoins (1).

471. L'article 1341 ajoute « qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes. » On dit que cette prohibition est distincte de la première (2). Il nous semble que les deux dispositions se confondent : la deuxième est une de ces redondances comme on en trouve tant dans les anciennes lois. Ce qui est allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes a naturellement un rapport avec les actes. Quel peut être ce rapport? C'est demander pourquoi l'une des parties veut faire preuve de ces pourparlers. Son but ne peut être que de prouver contre et outre l'acte et, dans ce cas, la deuxième disposition de la loi se confond nécessairement avec la première. On dit que la deuxième se rapporte aux *modifications* qui auraient été apportées *verbalement* à une convention constatée par un acte. C'est déjà restreindre les expressions dont la loi se sert. On conçoit difficilement que ce qui a été dit *avant* l'acte, c'est-à-dire alors que l'on discute encore les clauses de la convention, modifie des conventions qui ne sont pas encore définitivement arrêtées. Il en est de même de ce qui aurait été dit *lors* de l'acte. Au moment où l'on rédige les conventions des parties, on constate par écrit

(1) Voyez les exemples donnés par Pothier, nos 793, 794, et Duranton, t. XIII, p. 371, n° 336.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 442, note 2, § 763.

tout ce qu'elles disent, si ce sont des choses arrêtées et convenues; que si ces pourparlers témoignent contre ou outre ce qui est écrit, on ne doit pas écouter les témoignages qui les rapportent, car, par cela seul qu'ils n'ont pas été consignés dans l'acte, on doit croire qu'ils n'ont pas abouti; en les écoutant, on risquerait de faire dire aux parties autre chose que ce qu'elles ont voulu dire, c'est-à-dire qu'on prouverait contre ou outre l'acte. Restent les dires postérieurs à l'acte. Le plus souvent ils auront pour objet d'expliquer, d'interpréter la convention qui vient d'être rédigée; nous dirons plus loin si l'on peut interpréter l'acte par des témoignages; à notre avis, on ne le peut pas. S'agit-il de modifications, elles consisteront, soit à ajouter à l'acte une clause omise, soit à en retrancher une, en tout ou en partie; prouver que l'acte aurait été modifié, c'est donc encore prouver contre et outre l'acte (1).

472. Ce débat n'a qu'un intérêt de théorie. Dans les espèces qui se sont présentées devant les tribunaux et dans les décisions judiciaires, on ne trouve pas de distinction entre les deux dispositions de l'article 1341, on ne distingue pas même ce qui est *contre* et ce qui est *outre;* tout cela se confond dans un seul et même principe, c'est que *lettres passent témoins*. Il y a un écrit, il faut s'y tenir et écarter, par conséquent, toute preuve testimoniale. Nous emprunterons quelques exemples à la jurisprudence.

Un immeuble est vendu avec déclaration qu'il est libre de toute charge. Est-on admis à prouver par témoins que l'acquéreur a connu et accepté la charge d'un bail et que les parties ont pris cette charge en considération pour la fixation du prix de vente? La cour de Douai s'est prononcée pour l'admission de la preuve testimoniale. Elle dit d'abord que la charge du bail litigieux ne constitue pas une chose dépassant la valeur de 150 francs, dans le sens de l'article 1341; elle décide ensuite que le fait allégué ne prouve pas non plus contre ni outre le contenu en l'acte.

(1) Colmet de Santerre, t. V. p. 599, n° 315 *bis* XVIII.

Cet arrêt a été cassé et il devait l'être. L'acte de vente ne faisait nulle mention du bail litigieux; loin d'en réserver l'exécution, il stipulait que l'acquéreur aurait immédiatement la pleine jouissance de l'immeuble. Admettre la preuve testimoniale que l'acheteur s'était soumis au bail, c'était permettre de prouver par témoins contre et outre l'acte et, de plus, que les parties auraient pris dans leurs négociations cette charge en considération pour la fixation du prix de vente (1). On le voit, la cour de cassation s'appuie sur les deux dispositions de notre règle, sans distinguer la preuve *contre*, ni la preuve *outre*, ni les *dires*; en fait, tout ce que le vendeur alléguait tendait à modifier l'acte, en imposant à l'acheteur une obligation sur laquelle l'acte gardait le silence, et il voulait prouver cette allégation en se fondant sur ce qui aurait été dit lors du contrat.

Un acte authentique constate un prêt, et il est dit dans un acte sous seing privé que le prêteur a payé une dette de l'emprunteur en requérant sa subrogation dans les droits du créancier. Peut-on prouver par témoins, en se fondant sur ce qui aurait été dit lors de l'acte, qu'il n'y avait pas eu de subrogation? Ces dires aboutissaient à prouver contre l'acte, ce qui est en opposition avec l'article 1341. En fait, les deux dispositions de l'article 1341 se confondaient et étaient violées; on alléguait ce qui aurait été dit lors de l'acte pour combattre les énonciations de l'acte. La cour d'appel rejeta la preuve testimoniale, et sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet (2).

473. L'article 1341 prohibe la preuve testimoniale, « encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. » Si le montant du fait juridique est supérieur à ce chiffre, le premier principe suffit pour écarter la preuve par témoins. Le second principe n'a donc d'importance pratique que dans le cas où il s'agit d'une valeur moindre de 150 francs. Les motifs sur lesquels il se fonde ne permettent pas de distinguer quelle est la

(1) Cassation, 5 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 1, 12).
(2) Rejet, 13 mars 1872 (Dalloz, 1872, 1, 255).

valeur de la chose; dès qu'il y a un acte, *lettres passent témoins*, quelque modique que soit l'importance du litige; on ne suspecte pas la bonne foi des témoins, on ne craint pas les faux témoignages, on préfère une preuve sûre à une preuve incertaine.

474. Mais il y a une distinction à faire en ce qui concerne la preuve que l'on oppose à l'acte. L'article 1341 dit qu'il n'est reçu aucune preuve *par témoins* contre et outre le contenu en l'acte, il ne rejette donc pas toute espèce de preuve; il n'y avait aucune raison pour cela. Ce qui a engagé le législateur à prohiber la preuve testimoniale, c'est uniquement l'incertitude des témoignages comparée à la certitude qui résulte de l'écrit. Mais s'il y a d'autres écrits, pourquoi ne les admettrait-on pas contre et outre le contenu en l'acte litigieux? Tous les écrits ont la même force probante; tous doivent donc être admis comme preuve, sauf au juge à décider lequel doit l'emporter. De là suit que s'il y a un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale pourra être invoquée contre et outre l'acte, ainsi que les présomptions. Les articles 1347 et 1353 ne laissent aucun doute sur ce point. D'après l'article 1347, *les règles* sur la preuve testimoniale reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; l'exception porte donc sur la deuxième règle aussi bien que sur la première; par conséquent, la preuve testimoniale est admise contre l'acte lorsqu'elle s'appuie sur un commencement de preuve par écrit; et quand la preuve par témoins est admise, les présomptions le sont aussi (art. 1353). La jurisprudence est en ce sens. Un acte porte qu'il a été fait en double. On ne peut pas prouver par témoins qu'il n'y a pas eu de double ou, du moins, qu'aucun double n'a été remis à l'une des parties, mais on le pourrait s'il y avait un commencement de preuve par écrit (1).

475. L'article 1341 dit, en termes absolus, qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre l'acte. En

(1) Gand, 5 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 331). Bruxelles, chambre de cassation, 14 mars 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 114).

faut-il conclure que la prohibition est générale? Non; la suite du texte prouve qu'elle ne concerne que les parties contractantes. En effet, d'où résulte cette preuve *contre* et *outre* l'acte que la loi prohibe? Elle résulte de ce qui a été dit avant, lors ou depuis les actes (n° 471), par les parties, dans leurs négociations. Par conséquent, la prohibition ne concerne pas les tiers. Pothier en fait la remarque. Il est à observer, dit-il, que la défense de la preuve testimoniale outre et contre le contenu aux actes ne regarde que les personnes qui y ont été parties, lesquelles doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui y est compris et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir omis une chose de ce qui devait y être mentionné; mais cette défense ne peut concerner les tiers, en fraude desquels on pourrait énoncer dans les actes des choses contraires à la vérité de ce qui s'est passé. On ne peut pas dire des tiers ce que nous venons de dire des parties, on ne peut pas leur reprocher de ne s'être pas procuré une preuve littérale, puisque cela n'a pas été en leur pouvoir. Les tiers peuvent donc toujours invoquer l'exception que l'article 1348 fait à la prohibition de la preuve testimoniale, c'est-à-dire qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve par écrit du fait qu'ils allèguent (1).

476. Il y a encore une autre restriction à faire à la deuxième règle établie par l'article 1341. La loi défend de prouver par témoins contre et outre le contenu aux *actes;* il faut donc, pour que la prohibition de la preuve testimoniale existe, qu'il y ait un *acte* contre et outre lequel on veut prouver par témoins. De là suit que la prohibition ne s'applique pas aux écrits qui ne sont pas des actes. La loi admet, à titre de preuves littérales, les énonciations contenues dans des registres domestiques et certaines mentions libératoires écrites par le créancier (art. 1331 et 1332). Serait-on admis à prouver par témoins contre et outre ces écrits? Oui, car ces écrits ne sont pas des *actes;* ils émanent du créancier seul, sans

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 800.

aucune participation du débiteur, ils ne sont pas destinés à servir de titre ni de preuve; ils ne méritent donc pas la foi qui s'attache aux actes; on ne peut pas dire de ces écrits que *lettres* passent *témoins,* car ce ne sont pas des *lettres* (1).

Il faut donc un *acte* pour que la seconde règle soit applicable. L'article 1341 dit qu'aucune preuve par témoins n'est reçue *contre* et *outre* le *contenu* aux actes. Cette expression est trop absolue; la loi suppose que le contenu fait foi; s'il ne fait pas foi, il va sans dire que le fait que l'acte mentionne peut être contesté. Telle est la déclaration du notaire que la partie contractante était saine d'esprit lors de l'acte; il n'a aucune qualité pour constater l'état des facultés intellectuelles de ceux qui comparaissent devant lui, et ce qu'il dit à cet égard ne fait aucune foi. Ce n'est donc pas prouver contre l'acte que de prouver qu'une partie n'était pas saine d'esprit lors du contrat (2).

Nº 2. APPLICATIONS.

I. *La date.*

477. On enseigne que les parties signataires d'un acte sous seing privé non daté sont admises à prouver par témoins, l'une à l'encontre de l'autre, la date à laquelle cet acte a été passé (3). Cela est douteux. La question était déjà controversée dans l'ancien droit. Danty, dans ses notes sur Boiceau, demande si l'on peut prouver par témoins qu'un marché a été fait en foire. « Il y a lieu de soutenir, dit-il, qu'on doit être reçu à cette preuve qui, en ce cas, n'est pas contraire à l'ordonnance. Car, quand elle défend la preuve de ce qui ne se trouve pas rédigé dans l'acte, elle n'a entendu parler que des *conventions*

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 415, note 15, § 758.
(2) Pau, 18 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 3093, 1º). Comparez, plus haut, nº 132.
(3) Toullier, t. V, 1, p. 212, nº 224. Aubry et Rau, t. VI, p. 445, note 13, § 763.

qui en font partie; les contractants ayant été libres de les y comprendre, s'ils ne l'ont pas fait, elle présume qu'ils les ont omises à dessein, et elle ne veut pas qu'on les puisse suppléer malgré eux par la preuve testimoniale faite après coup; mais à l'égard de la date de l'acte, ce n'est point une convention; elle ne dépend pas même du fait des parties; qu'elle soit exprimée ou non, il est toujours vrai de dire qu'il y en a une, laquelle est certaine, quand l'acte a été une fois passé, et, par conséquent, ne s'agissant que de la vérifier, ce qui est un *simple fait*, la preuve par témoins en doit être reçue. « Ce qui doit avoir lieu dans tous les contrats dont la date a été omise, le contrat, tel qu'il est, tenant lieu *en quelque sorte*, en ce cas, de commencement de preuve par écrit (1). »

Pothier dit que cette opinion souffre difficulté; c'est dire qu'il ne l'admet point ou, du moins, qu'elle est très-douteuse; mais il n'explique pas les motifs de douter qui la lui font rejeter (2). L'annotateur de Danty les a développés. Il pense que la négative est beaucoup plus dans les principes de la matière. En effet, quoique la date de l'acte ne soit pas une convention, comme dit Danty, néanmoins elle détermine la qualité de la convention, et sa légitimité ou son illégitimité dans certains cas; par exemple, si celui qui l'a souscrite était pour lors mineur et incapable de contracter. L'annotateur nie aussi que l'acte puisse servir de commencement de preuve par écrit, et Danty lui-même n'en était pas bien sûr, puisqu'il ajoutait : *en quelque sorte*. Un commencement de preuve doit avoir quelque rapport à la chose dont il sert de preuve; or, le contrat non daté n'a aucun rapport avec sa date, il n'y a rien qui conduise de l'un à l'autre et qui puisse y avoir le moindre trait, à moins qu'il ne renferme certaines circonstances d'où l'on puisse induire une probabilité quant à la date, ce que Danty ne supposait point.

La réfutation nous paraît péremptoire. Nous ajouterons que c'est limiter arbitrairement la règle établie par l'ordonnance et, à sa suite, par l'article 1341, que de dire

(1) Danty sur Boiceau, chap. IX, n° 9, p. 284.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 795, et Notes sur Danty, p. 285.

qu'elle ne s'applique qu'aux *conventions*, la loi dit : le *contenu en l'acte;* donc tout fait juridique. Reste à savoir si la date est un fait pur et simple, comme Danty semble le dire. La négative est certaine; la date est un fait juridique qui a des conséquences très-importantes. L'esprit de la loi conduit à la même conséquence. La loi se défie de l'incertitude des témoignages; s'ils sont incertains, c'est surtout quand les témoins viennent déposer d'une date sur laquelle il est si facile de se tromper quand on n'a aucun intérêt à la retenir.

478. La jurisprudence paraît favorable à l'opinion que nous combattons, mais elle n'est pas aussi décisive qu'on le dit. Deux personnes se font signifier le même jour, mais sans indication de l'heure, des actes extrajudiciaires ou de procédure : sont-elles admises à prouver par témoins l'antériorité de la signification de l'un de ces actes? Sur ce point, la jurisprudence est unanime (1), mais cette question est étrangère à notre débat; il ne s'agit pas de la date de l'exploit, elle n'est pas contestée, il s'agit de savoir si tel huissier s'est présenté au domicile de l'une des parties à telle heure, et tel autre huissier à une autre heure chez la partie adverse. C'est là un fait matériel et, à ce titre, il peut être prouvé par témoins. La preuve n'est pas dirigée *contre* l'acte et elle ne se fait pas *outre* l'acte, car l'acte ne doit pas contenir et ne contient pas la mention de la minute à laquelle il est signifié.

Un acte de prêt n'indique pas la date à laquelle la somme prêtée a été versée par le prêteur à l'emprunteur. Est-on admis à prouver par témoins l'époque du versement? La cour de cassation a décidé la question affirmativement dans le cas d'un prêt commercial (2). Cet arrêt est également étranger à notre question. Il ne s'agissait pas de la date de la convention, elle n'était pas contestée, il s'agissait du fait de la remise des espèces; c'est un fait juridique étranger à la convention, donc on peut le prou-

(1) Voyez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4727.

(2) Rejet, 6 février 1872 (Dalloz, 1872, 1, 252). Comparez Rejet, chambre civile, 14 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 336).

ver sans prouver contre et outre la convention ; en matière civile, la preuve testimoniale de ce fait aurait été écartée par application du premier principe, mais en matière de commerce, la preuve par témoins étant indéfiniment admissible, rien n'empêchait de l'admettre pour établir l'époque du versement des espèces.

II. *L'interprétation de l'acte.*

479. On enseigne assez généralement que le principe établi par l'article 1341 ne s'oppose pas à ce que l'on recoure à la preuve testimoniale pour interpréter l'acte, soit pour expliquer des clauses obscures ou ambiguës, soit pour fixer la portée et l'étendue des énonciations qu'il renferme. Bien entendu que l'on n'est admis à prouver par témoins que les faits qui par leur nature sont susceptibles d'être établis par témoignages. On dit, à l'appui de cette opinion, qu'interpréter un acte ce n'est pas prouver contre et outre ce qu'il contient ; loin d'attaquer l'acte, l'interprétation en fixe le véritable sens (1).

Cela nous paraît très-douteux. Constatons d'abord que la tradition est contraire, et il s'agit d'une matière toute traditionnelle. Domat dit que lorsque les actes sont dans les formes, non-seulement on ne reçoit pas de preuve contraire, mais on n'écouterait pas même une partie qui prétendrait faire ouïr en justice les témoins d'un acte pour l'expliquer. Car, outre le péril de l'infidélité des témoins, l'acte n'ayant été écrit que pour demeurer invariable, sa force consite à demeurer toujours tel qu'il a été fait (2). Pothier reproduit la doctrine de Domat : « Toute preuve testimoniale, dit-il, étant interdite *outre* le contenu d'un acte, une partie ne serait pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ni même les

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 444, et note 10, § 763. Bonnier, t. I, p. 171, n° 143. Marcadé, t. V, p. 117, n° VI de l'article 1341. Larombière, t. V, p. 30, n°s 33 et 34 de l'article 1341 (Ed. B., t. III, p. 163).
(2) Domat, *Lois civiles*, partie I, livre III, tit. VI, sect. II, n° VII (p. 265).

notaires qui l'ont reçu pour expliquer ce qui y est contenu (1). »

On voit que Pothier s'attache au texte de l'ordonnance qui est aussi celui du code; interpréter par des témoignages, ce serait prouver *outre* le contenu en l'acte. Vainement dit-on qu'il s'agit seulement d'en déterminer le véritable sens. Qui ne voit que l'interprétation à laquelle l'une des parties fait appel, et que l'autre combat, aboutit nécessairement à restreindre ou à étendre les clauses de l'acte? Sous couleur d'interprétation, on arriverait donc à prouver *contre* et *outre* le contenu en l'acte. Le code trace des règles sur l'interprétation des conventions (art. 1156 et suivants); c'est d'après ces règles que le juge doit interpréter l'acte, et non d'après des témoignages toujours suspects d'incertitude et même d'infidélité.

480. La jurisprudence que l'on invoque n'est pas aussi certaine qu'on le dit. Larombière enseigne que la clause qu'il s'agit d'interpréter peut servir d'un commencement de preuve par écrit. La cour de cassation a jugé le contraire (2). Dire que l'acte peut servir d'un commencement de preuve par écrit pour interpréter l'acte par la preuve testimoniale, c'est effacer le deuxième principe; on pourrait toujours invoquer l'écrit comme un commencement de preuve, au moins quand il s'agit de prouver *outre* le contenu en l'acte. Quand la loi dit *lettres passent témoins*, elle veut qu'on s'en tienne à ce qui est écrit et que l'on écarte les témoignages, parce qu'ils auraient toujours pour effet de modifier ce qui a été écrit.

On cite des arrêts qui sont étrangers à la question. Un acte de cession porte que le prix a été reçu par le cessionnaire. La cour d'Amiens a jugé qu'il y avait une erreur dans l'acte résultant d'une transposition de noms; c'est le cessionnaire qui paye le prix et c'est le cédant qui le reçoit. Vainement les cédants prétendaient-ils que le prix était resté entre les mains du cessionnaire, ce n'est pas

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 796. Comparez Duranton, t. XIII, p. 372, n° 337.

(2) Rejet, 10 prairial an XI (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4862).

là ce que l'acte disait; et le contraire résultait d'actes de liquidation et de comptes de tutelle qui prouvaient que les cédants avaient réellement reçu le prix. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1). Cette décision, très-juste, n'a rien de commun avec notre question. La cour n'invoque pas la preuve testimoniale pour interpréter l'acte, elle corrige une erreur matérielle que l'état de la minute révélait et qui était confirmée par d'autres actes.

Il y a un autre arrêt de la cour de cassation qui admet la preuve testimoniale d'une erreur matérielle commise par le rédacteur de l'acte. Il s'agissait d'une police d'assurance dressée par l'agent d'une compagnie. Le rédacteur avait commis une erreur matérielle dans la description des lieux : cette erreur pouvait-elle se prouver par témoins? La cour a décidé la question affirmativement, parce qu'il était impossible à l'assuré de se procurer une preuve littérale de l'inexactitude échappée au rédacteur du procès-verbal. On voit que la cour s'appuie sur l'article 1348, elle ne cite pas même l'article 1341. Le principe que *lettres passent témoins* n'était pas en cause; il n'y avait aucune incertitude sur les conventions des parties, elles étaient seulement en désaccord sur un fait, et ce fait, par sa nature, ne pouvait être prouvé que par témoins (2).

L'existence d'un mandat est établie. Peut-on, en se fondant sur les circonstances de la cause, prouver l'étendue du mandat et de la responsabilité qui en résulte? Ce qu'on appelle circonstances de la cause sont des présomptions, et les présomptions ne sont admissibles que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Est-ce prouver *contre* et *outre* l'acte? La cour de cassation a jugé qu'il appartient aux juges d'apprécier, d'après les circonstances de la cause et la nature de l'affaire, si le mandataire a satisfait à ses obligations (3). Cette décision est assez mal motivée. Pour savoir si un mandataire a satisfait à ses obligations, il faut que l'on sache quelles étaient ces obligations, il fallait donc les constater; et comme elles ne

(1) Rejet, 23 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 228).
(2) Rejet, 19 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 302).
(3) Rejet, 19 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 1, 25).

l'étaient pas par les écrits que l'on invoquait, naissait la question de savoir si l'on peut prouver par témoins l'étendue des obligations contractées par le débiteur : n'est-ce pas prouver *outre l'acte?* La question nous paraît au moins douteuse. Elle s'est présentée dans une autre espèce, mais avec une circonstance nouvelle qui ne laissait aucun doute sur l'admission de la preuve testimoniale; la cour de Montpellier avait jugé en fait qu'il y avait un commencement de preuve par écrit, ce qui permettait de recourir aux témoignages (1).

Nous ne connaissons qu'un seul arrêt qui ait admis la preuve testimoniale pour l'interprétation d'un acte. Une vente a pour objet une ferme, un domaine. L'acte qui en est dressé n'énumère point, pièce par pièce et en détail, toutes les dépendances de l'immeuble vendu. La cour de cassation a jugé que, les titres ne déterminant pas spécialement le terrain litigieux, la question de propriété ne pouvait se résoudre que par la preuve testimoniale (2). Le seul motif que la cour donne, c'est que l'on ne saurait induire de l'article 1341 que les parties sont tenues d'énumérer en détail toutes les dépendances de l'immeuble vendu ou affermé. Cette doctrine nous paraît très-dangereuse, et c'est un assez mauvais conseil que la cour donne à ceux qui rédigent les actes. Il ne faut pas de loi pour dire que les parties doivent désigner exactement la chose vendue ou louée dans l'acte qu'elles dressent. Si elles ne le font pas, peut-on prouver par témoins quelles sont les dépendances de la chose? C'est risquer de prouver *contre* et *outre* l'acte; pour mieux dire, on aboutit nécessairement à étendre ou à restreindre la chose qui fait l'objet du contrat. On pourrait admettre la doctrine de la cour de cassation dans le cas où la chose vendue formait un ensemble désigné sous le nom que les propriétés portent, il s'agirait alors de constater un fait : quelles sont les terres, les prairies qui faisaient partie de cette exploitation? C'est un fait matériel à établir, et ces faits se prou-

(1) Rejet, 6 août 1855 (Dalloz, 1855, 1, 418).
(2) Rejet, chambre civile, 31 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 651, 1°).

vent par témoins. Encore faut-il conseiller aux rédacteurs de désigner en détail les dépendances de la chose, de manière que l'acte forme une preuve complète de la convention : c'est bien là l'esprit de la règle traditionnelle que *lettres passent témoins*.

La jurisprudence la plus récente de la cour de cassation ne paraît pas favorable à l'interprétation des actes par la preuve testimoniale. Dans un premier arrêt rendu en matière de bail, la cour prend soin de constater que les juges du fait ont déterminé le sens de la convention en se fondant sur les termes mêmes du bail, et que si l'arrêt attaqué invoque certaines présomptions, c'est *surabondamment* et pour confirmer le sens qu'il attribuait à la convention. Un second arrêt, rendu le même jour en matière de cession, constate également que la cour d'appel a interprété la convention litigieuse par le texte même de l'acte intervenu entre les parties, et qu'elle a fortifié cette interprétation par *les faits non contestés* que l'arrêt énumère (1). C'est donc, comme nous l'avons dit (n° 479), dans les actes mêmes que les juges doivent puiser les éléments de l'interprétation qu'ils leur donnent; la cour de cassation ne semble admettre les présomptions et, par suite, la preuve testimoniale que comme une preuve *surabondante*.

III. *Modifications.*

481. On enseigne qu'il suit du principe établi par l'article 1341 « que la preuve testimoniale doit être rejetée en tant qu'elle aurait pour objet de prétendues modifications verbales à une convention constatée par un acte, lors même qu'il serait allégué que ces modifications sont postérieures à l'acte et n'ont eu lieu que longtemps après sa passation (2). » Nous ne croyons pas que tel soit le sens de la règle que *lettres passent témoins*. La règle signifie que la preuve littérale d'un fait juridique l'emporte sur la preuve testimoniale de ce même fait. Ainsi, quand

(1) Rejet, 19 mars 1872, deux arrêts (Dalloz, 1872, 1, 254, 255).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 442 et suiv., § 763. Comparez Marcadé, t. V, p. 112, n° IV de l'article 1341.

l'une des parties invoque ce qui aurait été dit depuis l'acte pour en induire que la convention, telle qu'elle est rédigée, a été modifiée à l'époque où l'acte a été rédigé, elle ne sera pas admise à la preuve testimoniale de ces prétendues modifications. La convention, telle qu'elle est constatée par l'acte, est pure et simple : serai-je admis à prouver par témoins qu'il a été entendu, après que l'acte avait été rédigé, qu'il y aurait un terme ou une condition? Non; si telle était l'intention des parties contractantes, elles devaient le dire; elles pouvaient ajouter une clause additionnelle à l'acte pour marquer leur volonté, mais la preuve testimoniale que l'une d'elles invoque pour établir ces prétendues modifications ne peut être admise; ce serait mettre la preuve par témoins au-dessus de la preuve par actes, et l'article 1341 dit précisément le contraire.

Sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais supposons que, plus ou moins longtemps après la rédaction de l'acte, les parties conviennent d'apporter une modification à leurs conventions : cette modification devra-t-elle être constatée par écrit? ou pourra-t-elle être prouvée par témoins, bien entendu si le fait est de telle nature qu'il puisse être établi par la preuve testimoniale? A notre avis, la règle de l'article 1341 est étrangère à cette hypothèse. Il ne s'agit pas de savoir si la preuve littérale de la première convention peut être combattue par la preuve testimoniale de cette même convention; la question est tout autre. Une seconde convention a été formée par un nouveau concours de consentement; cette seconde convention est distincte de la première; elle peut donc être prouvée, d'après les règles du droit commun, par témoins si la valeur du fait ne dépasse pas 150 francs. Que pourrait-on objecter à la partie qui demanderait à faire preuve par témoins de la nouvelle convention? On se prévaut de ces termes de l'article 1341 qu'aucune preuve par témoins n'est reçue sur ce qui serait allégué avoir été dit *depuis les actes*. Nous avons répondu d'avance à l'objection (n° 471). Les *dires* dont parle l'article 1341 concernent la convention que les parties viennent de rédiger par écrit;

une seule convention est intervenue entre elles, elles ne prétendent pas même qu'il y en ait une seconde. Dans ce cas, il s'agit de savoir quelle preuve l'emportera. La loi décide que c'est la preuve littérale. L'hypothèse est tout autre quand, après une première convention, il en intervient une seconde; il ne s'agit plus de prouver la première, on convient que l'acte qui a été dressé relate exactement ce qui a été convenu; mais on soutient qu'il est intervenu une nouvelle convention, et c'est cette nouvelle convention que l'on demande à prouver; le demandeur est dans le droit commun, il peut donc invoquer la preuve testimoniale (1).

482. Il y a un arrêt, en sens contraire, de la cour de cassation. La cour dit que l'article 1341 est formel, qu'il prohibe la preuve par témoins contre une convention écrite; la cour en conclut qu'il faut rejeter la preuve testimoniale quand elle tend à établir des changements et modifications à la convention première qui liait les parties (2). En parlant de convention *première,* la cour suppose qu'il en était intervenu une seconde. Telle était, en effet, la prétention du défendeur. L'arrêt affirme, il ne prouve pas. La règle qu'il invoque dit que lettres passent témoins, ce qui signifie que quand les parties ont dressé un acte de leurs conventions, cet acte seul fait preuve, à l'exclusion de la preuve testimoniale. Cela suppose que les parties ont pu et dû constater dans l'acte tout ce dont elles sont convenues. Or, comment veut-on qu'elles constatent, dans un acte fait aujourd'hui, une convention qui n'est intervenue que plus tard? Cela est absurde. Sans doute les parties pouvaient dresser écrit de la nouvelle convention qui vient modifier la première, mais la question est de savoir si elles le doivent, et elles n'y sont certes pas tenues par le principe que lettres passent témoins; elles n'attaquent pas l'acte, elles ne demandent pas à prouver contre et outre cet acte, elles demandent à faire preuve d'une nouvelle convention qui ne pouvait pas

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 600, n° 315 *bis* XX.
(2) Rejet, 10 mai 1842 (Dalloz, au mot *Obligations,* n° 4730, 1°).

être constatée par l'acte, puisqu'elle n'a été formée que depuis la rédaction de l'acte.

IV. *Extinction de l'obligation.*

483. Peut-on prouver par témoins qu'une obligation constatée par écrit a été éteinte par le payement ou par la remise? La question était déjà controversée dans l'ancien droit, et elle l'est encore. Pothier la résout par une raison qui est décisive. La règle que *lettres passent témoins* défend de prouver contre et outre le contenu en l'acte. Celui qui paye et qui demande à prouver le payement par témoins prouve-t-il contre ce qui est contenu en l'acte? Non, dit Pothier; il n'attaque point cet acte, ni l'obligation qu'il renferme, il reconnaît tout ce qui se trouve dans l'acte, il prétend seulement qu'un nouveau fait est intervenu, celui du payement ou de la remise. Cependant, dans l'usage, on refusait la preuve testimoniale des payements d'une dette dont il y avait un acte par écrit (1). M. Larombière dit que cet usage s'est maintenu dans la pratique des tribunaux, et il se prononce dans le même sens, ainsi que Merlin et Favard. On invoque le texte conçu, dit-on, dans les termes les plus généraux. Delvincourt répond, comme l'avait fait Pothier, que si le débiteur avoue qu'une somme de 150 francs lui a été prêtée, ainsi que le porte l'acte, mais qu'il soutienne l'avoir rendue, l'allégation du payement vient à l'appui du prêt, bien loin d'aller contre le contenu en l'acte. On invoque encore l'esprit de la loi. A quoi aboutit la preuve du payement? dit-on. A anéantir la preuve de l'obligation, puisqu'il en résulte que la dette ne peut plus être exigée. Non, la preuve de l'obligation subsiste, l'acte qui la constate n'est pas attaqué. En veut-on une preuve décisive? *Lettres passent témoins*, en ce sens que la preuve littérale du fait constaté par écrit ne peut être combattue par la preuve testimoniale. Et quel est le fait constaté par l'acte? L'obligation. Or, autre chose est l'obligation, autre chose

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 798.

est l'extinction de l'obligation. Si la loi refuse la preuve testimoniale alors qu'il y a un acte, c'est que les parties pouvaient et devaient constater dans l'acte tous les éléments de leur convention. Or, bien évidemment, elles n'y pouvaient pas mentionner le payement, puisque le payement d'un prêt ne se fait pas au moment où le prêt est contracté. C'est cependant à cette absurdité que conduit l'opinion contraire(1). Non, dira-t-on, mais on veut que les parties dressent acte du payement comme elles ont passé acte du prêt. Nous répondons que la loi n'exige pas cela, on ajoute donc à la loi, ce qui s'appelle violer la loi (2).

Ce que nous disons du payement s'applique aussi à la remise de la dette (3).

ARTICLE 3. Les exceptions.

484. Après avoir établi les deux règles concernant la prohibition de la preuve testimoniale, l'art. 1341 ajoute: « Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. » D'après l'article 1347, les règles reçoivent une seconde exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; et il y a une troisième exception, dans les cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui (art. 1348).

485. Nous renvoyons la première exception au droit commercial, en nous bornant à constater que, malgré la rédaction vicieuse du code de commerce, il est généralement admis que les deux règles établies par l'article 1341 reçoivent exception dans les affaires commerciales; le deuxième alinéa de l'article 1341 le suppose, et telle est aussi la tradition, qui joue un si grand rôle dans le droit commercial (4).

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. VI, p. 443, notes 7 et 8, § 763. Larombière, t. V, p. 26, n° 29 de l'article 1341 (Ed. B., t. III, p. 161).
(2) C'est l'expression de Bugnet sur Pothier, p. 428, note. Comparez Marcadé, t. V, p. 113, n° V de l'article 1341.
(3) Duranton, t. XIII, p. 369, n° 335. Aubry et Rau, t. VI, p. 444, note 9.
(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 445 et 446, § 763 *bis*. Colmet de Santerre, t. V, p. 603 n° 315 *bis* XXIV et XX

§ Ier. *Du commencement de preuve par écrit.*

No 1. CONDITIONS.

I. *Un écrit.*

486. L'article 1347 définit le commencement de preuve par écrit : on appelle ainsi « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente et qui rend vraisemblable le fait allégué. » Pourquoi appelle-t-on cette vraisemblance un commencement de preuve? Toullier l'explique très-bien ; nous résumerons en deux mots ce qu'il dit. Une preuve est tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité. C'est la définition de Domat. La persuasion que produit la preuve peut être complète ou incomplète. Si l'effet de la preuve est de persuader entièrement le juge, celui-ci n'a pas besoin d'un supplément de preuve. Si un acte a été dressé des conventions arrêtées entre les parties, il fournit généralement une preuve complète ; il serait inutile et frustratoire de recourir à la preuve testimoniale, alors que le fait litigieux est établi par une preuve plus sûre. Mais s'il n'y a pas d'acte ou si l'acte est irrégulier, les écrits que produit la partie à laquelle la preuve incombe laisseront du doute dans l'esprit du magistrat : il y a alors un commencement de preuve qui doit être complété. La loi admet la preuve testimoniale comme supplément de preuve. Pourquoi, malgré le danger et l'incertitude que présentent les témoignages, la loi permet-elle d'y recourir? Parce que le danger et l'incertitude diminuent ; le fait est déjà à moitié prouvé avant qu'on entende les témoins, leurs dépositions ne font que confirmer ce que les écrits rendent vraisemblable (1).

487. Le commencement de preuve doit résulter d'un *acte par écrit* aux termes de l'article 1347. La condition essentielle est donc qu'il y ait un écrit. Les probabilités

(1) Toullier, t. V, 1, p. 47, no 54

que le juge trouverait dans les circonstances de la cause ne suffiraient point pour autoriser l'admission de la preuve testimoniale. Ces probabilités ne sont que des présomptions; or, dans la théorie du code, les présomptions, loin de permettre la preuve par témoins, ne sont admises que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale (article 1353). La cour de cassation a cassé un jugement qui avait autorisé la preuve testimoniale en s'appuyant sur un commencement de preuve par écrit qu'il fondait sur les agissements ou le défaut d'agissements de la partie adverse. En fait, le premier juge pouvait avoir raison, mais il se trompait évidemment en droit; dans l'espèce, il n'y avait aucun écrit, il ne pouvait donc pas y avoir de commencement de preuve par écrit (1).

488. L'article 1347 dit : « un *acte* par écrit. » Faut-il conclure de là qu'il doit y avoir un *acte*, c'est-à-dire un écrit dressé pour constater le fait litigieux? Non; l'expression est inexacte. Il est de tradition que tout écrit suffit pour en induire un commencement de preuve. Pothier cite comme exemple une lettre qui rend vraisemblable le fait allégué (2). Or, une *lettre* n'est pas un *acte* (art. 1985). Cela est aussi fondé en raison. On exige un acte pour en tirer une preuve complète; par cela seul on ne peut pas exiger un acte pour en induire un commencement de preuve; un écrit quelconque doit suffire, dans quelque but qu'il ait été tracé. Cela est sans danger, puisque le juge a une grande latitude d'appréciation en cette matière: c'est lui qui décide si l'écrit rend vraisemblable le fait allégué, et sa décision est souveraine (3).

489. La jurisprudence est en ce sens. Nous citerons quelques exemples. Au décès d'une personne, on trouve à son domicile et on inventorie trois inscriptions de rente sur l'Etat et au porteur. A chacune d'elles était attachée une note de la main du défunt contenant déclaration

(1) Cassation, 17 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 486).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 802.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 450, § 764. Colmet de Santerre, t. V, p. 613, nos 320 *bis* II et III Larombière, t.V, p. 94, n° 16 de l'article 1347 (Ed. B., t. III, p. 188).

qu'elles appartenaient, l'une de 100 francs, l'autre de 50 francs de rente à une veuve, la troisième de 100 francs à la fille de ladite veuve. Les héritiers réclamèrent les rentes en vertu de la conséquence légale attachée à la possession. Il a été jugé que les notes, quoique non signées, constituaient un commencement de preuve par écrit et autorisaient l'admission des présomptions graves, précises et concordantes qui confirmaient la mention qu'elles contenaient; il en résultait la preuve que le défunt était simple dépositaire, ce qui exclut la présomption de propriété établie par l'article 2279 (1).

Nous avons déjà cité l'espèce dans laquelle une demoiselle, qui laissait une fortune considérable, avait mis dans un sac 62,000 francs en billets de banque, avec la mention suivante : « Cette somme appartient à... » Le notaire désigné comme propriétaire la réclama. Il a été jugé que la note pouvait servir de commencement de preuve par écrit et autoriser, en conséquence, l'admission de la preuve testimoniale et des présomptions de l'homme; mais les faits et les présomptions faisant défaut, la cour de Paris décida qu'il n'y avait pas preuve de la propriété au profit du notaire et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet qui reconnaît également l'existence d'un commencement de preuve, mais décide que l'arrêt de la cour d'appel est souverain en ce qui concerne l'absence de faits et de présomptions confirmant le commencement de preuve par écrit (2).

490. On demande si l'écrit invoqué à titre de commencement de preuve doit être représenté, ou si l'on peut prouver par témoins l'existence de l'écrit? Il a été jugé que la preuve testimoniale n'est pas admise pour établir qu'il y avait un commencement de preuve par écrit, et la décision ne nous paraît point douteuse (3). Tout écrit doit être représenté pour qu'il y ait preuve littérale. C'est seulement en cas de perte du titre, par suite d'un cas for-

(1) Paris, 27 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 31).
(2) Paris, 6 mars 1854 (Dalloz, 1854, 2, 211); Rejet, chambre civile, 30 juillet 1855 (Dalloz, 1855, 1, 332).
(3) Rejet, 5 mai 1856 (Dalloz, 1856, 1, 197).

tuit, que la loi admet la preuve testimoniale de l'obligation; mais l'article 1345, n° 4, n'est pas applicable à un écrit qui sert de commencement de preuve. Il y a une raison de cette différence; le juge doit voir l'écrit pour apprécier les probabilités qui en résultent, par suite les témoignages ne peuvent remplacer l'écrit; tandis que si cet écrit forme titre, toutes les probabilités sont en faveur de la preuve. De plus, dans le cas du n° 4 de l'art. 1348, le créancier avait satisfait à la loi en se procurant une preuve littérale; dans le cas de l'article 1347, au contraire, le créancier est en faute, il pouvait dresser acte, et il ne l'a pas fait. C'est par exception que la loi lui permet d'administrer la preuve testimoniale; l'exception exige la représentation d'un écrit. Dès que l'on n'est plus dans les termes de l'exception, on rentre sous l'empire de la règle, c'est-à-dire, de la prohibition de la preuve testimoniale.

Toutefois il y a un cas où l'acte, quoique non représenté, peut être invoqué comme commencement de preuve par écrit, c'est quand celui à qui il est opposé en reconnaît l'existence; il avoue par cela même que la preuve testimoniale est admissible. Cela a été jugé ainsi, et, en principe, nous n'y voyons aucun doute (1). Seulement le juge doit veiller à ce que les parties, par un concert frauduleux, ne cherchent pas à éluder la prohibition de la preuve testimoniale. En cas de fraude, il est certain que le juge devra rejeter la preuve offerte, car il ne peut l'admettre que sous les conditions déterminées par la loi, donc s'il y a un écrit ou si la partie intéressée à le contester en reconnaît l'existence de bonne foi. Il faut encore remarquer qu'il y a une différence entre l'aveu d'un écrit et la représentation qui en est faite. Les parties peuvent avouer qu'un écrit avait été dressé, mais être en désaccord sur les conditions du traité; dans ce cas, le commencement de preuve est insuffisant pour admettre la preuve testimoniale à l'effet d'établir ces conditions (2).

(1) Rejet, 19 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 234).
(2) Rejet, 3 mai 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4754).

II. *De qui l'écrit doit émaner.*

1. DE CELUI A QUI ON L'OPPOSE.

491. L'article 1347 exige une seconde condition : l'écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée. Si l'écrit émanait de celui qui l'invoque, il ne ferait aucune preuve, dit Pothier, parce qu'on ne peut se faire un titre à soi-même. Si l'écrit émane d'un tiers, il ne peut pas non plus faire preuve, car, ce tiers n'est qu'un témoin, et ce qu'il a écrit ne peut valoir que comme un témoignage; or, un témoignage n'autorise pas à en admettre un autre. Pothier donne cet exemple. Une veuve fait dans son inventaire reconnaissance d'une dette de communauté : en résulte-t-il un commencement de preuve par écrit contre les héritiers du mari? Non, car la veuve n'est qu'un tiers à l'égard des héritiers du mari; ce qu'elle dit est un simple témoignage, et ne permet pas de recourir à la preuve par témoins contre les héritiers et pour la part dont ils sont tenus dans la dette (1).

492. L'article 1347 dit que l'écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée. Il faut ajouter que l'écrit doit émaner de celui qui forme la demande, si c'est le défendeur qui lui oppose une exception et qui oppose un commencement de preuve au demandeur pour être admis à la preuve testimoniale. On comprend les deux cas dans la formule suivante que la doctrine a substituée à la formule de la loi : l'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose à titre de commencement de preuve.

L'article 1347 ajoute : « ou de celui qu'il représente. » Les héritiers représentent le défunt; donc l'écrit émané du défunt peut être opposé aux héritiers. Il faut ajouter : *ou par lequel il a été représenté*. Il est certain qu'un écrit émané du mandataire peut être opposé au mandant; la loi ne le dit pas, mais les principes qui régissent le mandat suffisent pour le décider ainsi. Le mandataire agit

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 806 et 807.

pour le mandant et en son nom (art. 1984), donc l'écrit émané du mandataire est censé émané du mandant (1).

493. Quand peut-on dire que l'écrit émane d'une personne? Le mot *émaner* implique que l'écrit est l'œuvre de la personne à laquelle on l'oppose, en ce sens qu'elle est l'auteur des dispositions ou déclarations qui s'y trouvent. Et comme il s'agit d'établir en justice un fait litigieux, il faut de plus qu'il soit prouvé par les voies légales que l'écrit invoqué par l'une des parties est l'œuvre de l'autre.

Quand il est constant qu'un écrit a été dressé par une personne, l'on en peut induire, en général, que les déclarations qui s'y trouvent sont l'œuvre de cette personne et peuvent, par conséquent, lui être opposées. La raison en est que le rédacteur de l'écrit est d'ordinaire partie intéressée, mais cela n'est vrai que des actes sous seing privé. Les actes authentiques sont reçus par un officier public qui, par la nature même de son ministère, est étranger à l'acte qu'il rédige, puisque les notaires ne peuvent pas recevoir des actes dans lesquels ils sont intéressés. De là suit que l'acte dressé par le notaire ne peut pas lui être opposé comme étant son œuvre et comme formant, à ce titre, un commencement de preuve contre lui : l'acte est l'œuvre des parties, le notaire est seulement le rédacteur (2). Toutefois il se pourrait que l'acte contînt des énonciations qui supposent le concours du notaire dans un fait : tel serait un dépôt de fonds à effectuer entre ses mains. La question a été jugée ainsi par la cour de cassation. Dans l'espèce, le fait litigieux était une vente que la partie adverse prétendait simulée. On invoquait contre le notaire, prétendu acheteur, comme commencement de preuve par écrit, des actes qu'il avait dressés postérieurement à la prétendue vente consentie en sa faveur. Il avait reçu un acte par lequel son vendeur s'obligeait envers un tiers et hypothéquait pour la sûreté de l'obligation les immeubles qui avaient fait l'objet de la vente litigieuse. De plus, le notaire avait dressé, comme mandataire du

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 451, notes 4 et 5, § 764.
(2) Bordeaux, 14 février 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4785).

nouveau créancier, les bordereaux d'inscription destinés à donner la publicité et l'efficacité à l'hypothèque. Ces déclarations témoignaient contre la vente, cela est évident; mais le notaire objectait qu'on ne pouvait les lui opposer, parce qu'elles étaient l'œuvre des parties et que lui, simple rédacteur, n'avait pas le droit d'insérer dans l'acte une réserve pour sauvegarder ses intérêts. Cela est vrai, mais le notaire pouvait refuser de recevoir un acte qui compromettait ses droits; il pouvait encore demander aux parties une déclaration constatant que lui notaire prétendait avoir un droit de propriété sur les immeubles et qu'il n'entendait pas que l'acte qu'il dressait pût être invoqué contre lui. En dehors de l'acte, le notaire cesse d'être officier public; il peut, par conséquent, faire telles réserves qu'il juge nécessaires. S'il ne les fait pas, son silence témoigne contre lui et, par suite, on peut se prévaloir des déclarations qu'il a eu tort de recevoir sans aucune réserve (1).

494. L'acte est encore considéré comme l'œuvre d'une personne quand elle se l'est approprié par un consentement exprès ou tacite. Il a été jugé que l'acte peut être invoqué contre ceux qui y ont assisté comme témoins (3). La question est au fond la même que celle que nous venons d'examiner, car le notaire est aussi un témoin. Il y a même un argument *à fortiori* contre les témoins : rien ne les oblige d'assister à un acte qui contient des déclarations contraires à leurs droits; ils doivent donc refuser leur concours ou faire des réserves. Leur silence témoigne contre eux; en signant un acte qu'ils ont intérêt à combattre, ils se l'approprient tacitement. Cela suppose que les témoins ont compris la portée des déclarations qu'ils ont entendu lire. C'est là une question de fait que le juge décidera selon les circonstances. Le juge a, en cette matière, un pouvoir d'appréciation qui diminue l'importance des questions de droit, mais qui écarte aussi

(1) Rejet, 4 avril 1838 (Dalloz, au mot *Jugement*, nº 1003, 8º). Aubry et Rau, t. VI, p. 451, et note 6, § 764. Larombière, t. V, p. 91, nº 12 de l'article 1347 (Éd. B., t. III, p. 187).

(2) Agen, 7 décembre 1822 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 4784).

le danger des solutions trop absolues que les interprètes leur donnent.

495. Le principe que nous venons d'appliquer aux témoins reçoit son application à tous les cas où une personne s'approprie un acte qui n'est pas émané d'elle. Nous citerons des exemples empruntés à la jurisprudence. Le fait du remplacement d'un milicien peut-il être prouvé par témoins lorsque le demandeur produit un extrait du registre de la conscription constatant le remplacement et un certificat du gouverneur d'où résulte que le remplacé a été exempté du service sur le vu de cette pièce? La cour de Bruxelles a jugé la question affirmativement en se fondant sur la *part active* que le défendeur avait prise aux actes produits par la partie adverse. L'expression n'est pas très-juridique, mais la décision nous paraît incontestable. Celui qui produit une pièce dans son intérêt se l'approprie; dès lors on peut l'invoquer contre lui. Le remplacé qui s'est fait exempter en vertu d'une pièce constatant le remplacement a fait ces pièces siennes; donc on peut les lui opposer comme commencement de preuve par écrit de la convention intervenue entre lui et le remplaçant (1).

Un notaire reçoit mandat de placer une somme considérable. Ses héritiers, actionnés en remboursement, opposent que leur auteur a rendu compte de sa gestion; ils demandent à le prouver par témoins en invoquant un commencement de preuve par écrit. C'était un compte rendu par l'exécuteur testamentaire du mandant; le compte rendu par le notaire à son mandant y était mentionné; l'héritier du mandant ayant approuvé le compte de l'exécuteur testamentaire s'était par cela même approprié l'article qui contenait la mention du compte que le notaire avait rendu. La cour de Bruxelles et, sur pourvoi, la cour de cassation jugèrent que le demandeur s'était approprié l'écrit émané de l'exécuteur testamentaire en l'approuvant; qu'on pouvait, par conséquent, l'invoquer con-

(1) Bruxelles, 15 février 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 316).

tre lui comme formant un commencement de preuve du fait litigieux (1).

a) Comment prouvera-t-on de qui l'acte émane?

496. Comment prouve-t-on qu'un écrit est émané d'une personne? Quand il s'agit d'un écrit sous seing privé, la signature est, en général, la seule formalité requise pour la validité de l'acte; un acte signé fait pleine foi contre le signataire; à plus forte raison, l'écrit signé doit-il faire un commencement de preuve contre lui, peu importe que le signataire n'ait pas écrit l'acte : il en fait son œuvre en le signant.

La signature seule produit cet effet. Il a été jugé à plusieurs reprises par la cour de Bruxelles que la croix ou la marque que l'une des parties appose à un écrit ne suffit point pour constituer un commencement de preuve par écrit. Cela n'est pas douteux. On ne peut pas vérifier une marque, donc rien n'atteste que la marque soit une approbation de l'écrit. Vainement invoquerait-on le témoignage de ceux qui ont vu apposer la marque : ce serait se prévaloir d'un témoignage pour rendre la preuve testimoniale admissible et, en définitive, le fait litigieux serait établi par témoins, contrairement à la prohibition de la loi (2).

Il a été jugé, dans un cas tout à fait singulier, que le parafe avec la première lettre de la signature apposée par le bailleur sur la minute du bail notarié, et interrompue par la mort du signataire, vaut comme commencement de preuve par écrit (3).

497. Il n'est pas nécessaire que l'écrit soit signé pour qu'il puisse servir de commencement de preuve par écrit. La loi ne l'exige pas; elle s'est à dessein servie de l'expression *émaner* pour y comprendre tous les cas où un écrit est l'œuvre d'une personne, et il peut très-bien être

(1) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 12 août 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 12).
(2) Bruxelles, 12 janvier 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 13); 8 octobre 1819 (*ibid.*, 1819, p. 459).
(3) Paris, 27 mars 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4817).

parties contractantes. Toutefois la loi veut que les parties signent; si elles ne peuvent ou ne savent pas signer, la mention que le notaire en fait tient lieu de signature. Quand l'acte est régulier, on peut se prévaloir des déclarations que les parties y font comme formant un commencement de preuve, alors même qu'elles n'auraient pas signé l'acte; la signature du notaire suffit pour imprimer l'authenticité à toutes les déclarations qui s'y trouvent, par conséquent à la mention de la signature.

Il en est autrement si l'acte est nul par l'incompétence ou l'incapacité du notaire, ou par un défaut de forme. L'article 1318 dit que l'acte vaut comme écriture privée s'il est signé des parties. S'il n'est pas signé, il ne fait aucune foi, pas même à titre de commencement de preuve par écrit. Pothier le décide ainsi, et cela n'est pas douteux. Le notaire incompétent ou incapable n'est pas officier public, dès lors l'acte ne peut plus avoir aucun effet comme acte authentique; si l'article 1318 lui donne la force probante d'un acte sous seing privé, c'est à raison de la signature des parties; si les parties n ont pas signé, il n'y a plus ni écriture privée ni écriture authentique; donc l'acte est absolument nul, il ne peut même valoir comme commencement de preuve; il faudrait pour cela qu'il fût prouvé que les déclarations qui s'y trouvent émanent des parties; or, cela n'est pas prouvé par la signature des parties, ni par l'intervention de l'officier, puisque le notaire incompétent ou incapable n'est plus un officier public; c'est un simple témoin dont le témoignage ne peut pas autoriser le juge à admettre d'autres témoignages. Il en serait de même si l'acte était nul pour vice de forme: le notaire, dit Pothier, ne s'étant pas comporté comme personne publique, son acte ne peut passer pour l'attestation d'une personne publique, c'est une simple déposition de témoin, laquelle ne peut pas attester que l'acte émane des personnes qui y figurent (1).

502. On suppose que l'acte authentique, nul comme

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 808. Duranton, t XIII, p. 388, n° 352. Aubry et Rau, t. VI, p. 454, note 20, § 764. Larombière, t. V, art. 1347, n° 19 (Ed. B., t. III, p. 189).

tel, n'est signé que par l'une des parties : peut-il être opposé au signataire à titre de commencement de preuve par écrit? L'affirmative est généralement enseignée, et elle n'est pas douteuse. Il n'y a qu'une condition requise pour qu'un écrit forme un commencement de preuve, c'est qu'il émane de la partie à laquelle on l'oppose; or, la signature suffit pour attester ce fait. Duranton enseigne le contraire quand il s'agit d'une convention synallagmatique; nous croyons inutile de nous arrêter à cette opinion, qui est restée isolée, et que Toullier a réfutée d'une manière péremptoire; l'article 1347 suffit pour décider la question (1).

503. Il y a un cas de nullité qui donne lieu à une difficulté sérieuse. Le notaire a reçu un acte dans lequel il était personnellement intéressé. D'après la jurisprudence de la cour de cassation, cet acte est nul, et on ne peut appliquer, dans ce cas, l'article 1318 en maintenant l'acte comme écrit sous seing privé; en effet, l'acte n'est pas signé par toutes les parties, quand même il porterait la signature de tous les contractants, car le notaire, qui est partie contractante, a signé comme officier public, et sa signature, comme telle, est nulle. La cour de cassation en conclut que l'acte ne peut pas même servir de commencement de preuve par écrit. Il nous semble que c'est dépasser la loi. Que l'acte ne vaille pas comme authentique, qu'on le considère même comme inexistant, nous l'admettons (2). Mais l'authenticité n'a rien de commun avec le commencement de preuve. On ne peut pas nier qu'il existe un écrit portant des signatures; l'acte étant inexistant comme authentique, la signature du notaire n'est plus celle d'un officier public; mais toujours est-il que c'est une signature, et cela suffit pour attribuer à l'acte la qualité de commencement de preuve par écrit (3).

(1) Toullier, t. V, 1, p. 91, nos 87 et 88. Comparez Duranton, t. XIII, p. 389, no 352.
(2) Voyez plus haut, p. 124, no 125.
(3) Cassation, 15 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 211).

b) De l'interrogatoire sur faits et articles.

504. Il y a des actes authentiques qui ne doivent pas être signés par les parties intéressées. Tel est l'interrogatoire sur faits et articles qui joue un grand rôle dans l'application de l'article 1347. Aux termes de l'article 324 du code de procédure, les parties peuvent, en toutes matières et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents concernant la matière dont il est question. L'interrogatoire est ordonné par jugement; il y est procédé devant le président ou devant un juge par lui commis. Procès-verbal est dressé de l'interrogatoire par le greffier. Il est lu à la partie, avec interpellation de déclarer si elle a dit vérité et persiste. Elle signera l'interrogatoire, dit l'article 334; toutefois elle peut déclarer qu'elle ne veut pas signer; dans ce cas, il est fait mention de son refus par le greffier.

L'interrogatoire sur faits et articles peut-il servir de commencement de preuve par écrit? Quand la partie interrogée a signé l'interrogatoire après avoir déclaré qu'elle a dit vérité, il n'y a pas de doute possible. Les déclarations qu'elle a faites émanent d'elle, sa signature l'atteste, et elles sont consignées par écrit, puisque c'est au bas du procès-verbal qu'elle appose sa signature. On est donc dans les termes de l'article 1347. Si la partie ne veut pas signer, son refus empêchera-t-il le procès-verbal de faire foi de ce qui y est mentionné? Non, car le procès-verbal est un acte authentique reçu par un magistrat, écrit par un officier public, ayant l'un et l'autre mission, en vertu d'un jugement, d'interroger la partie et de dresser acte de ses réponses. L'écrit reste donc authentique malgré le refus de signer, et il doit faire foi comme tel. A quoi servirait l'interrogatoire s'il dépendait du mauvais vouloir de la partie intéressée de lui enlever toute force probante?

La tradition est en ce sens ainsi que l'esprit de la loi. Domat en a déjà fait la remarque. Si l'on recourt à l'interrogatoire sur faits et articles, ce n'est pas dans l'espoir que celui qui a commencé par nier les faits litigieux en

fasse l'aveu. Mais on peut espérer lui arracher des déclarations qui permettront au juge d'ordonner la preuve testimoniale. La partie nie des faits qui lui sont connus et qui sont certains; elle en allègue que l'on sait être faux, elle varie ou chancèle dans ses réponses, ou elle reconnaît des faits dont on peut induire la vérité de ceux qu'elle a niés. Dans tous ces cas, le juge pourra voir dans l'interrogatoire un commencement de preuve par écrit (1).

La doctrine est en ce sens (2) et la jurisprudence est unanime. Il y a un grand nombre d'arrêts sur cette matière, les derniers sont à peine motivés (3); nous nous bornerons à citer ceux qui donnent des motifs à l'appui de l'opinion généralement admise. La cour de Lyon invoque le texte de l'article 1347 (4); il n'est pas requis que l'écrit soit tracé par celui à qui on l'oppose ni qu'il le signe; la loi se contente de la preuve qu'il est émané de lui; il suffit donc qu'il y ait des déclarations écrites et qu'il soit certain que ces déclarations sont sorties de la bouche de la partie à laquelle on les oppose; or, il en est ainsi des réponses que la partie fait à l'interrogatoire du magistrat et qu'un officier public constate par écrit. Comme le dit très-bien la cour de cassation (5), les réponses sur l'interrogatoire sont un aveu; si l'aveu est complet, il fait pleine foi (art. 1356) : pourquoi ne ferait-il pas un commencement de preuve quand il est incomplet? Le conseiller Mesnard, dans un excellent rapport, compare l'interrogatoire à l'acte notarié. Quand une partie est interrogée par le juge, ses réponses sont bien les déclarations les plus directes que l'on puisse obtenir, puisque c'est la partie intéressée qui les fait. Le juge qui les reçoit, qui les fait écrire, qui en affirme le sens et l'exactitude, donne à

(1) Domat, *Lois civiles*, livre III, tit. VI, sect. V, n° VI, p. 275. Toullier, t. V, 1, p. 118, n° 116.

(2) Duvergier sur Toullier, t. V, 1, p. 119, note, fait quelques objections insignifiantes.

(3) Voyez les citations dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4763.

(4) Lyon, 28 août 1818, et Rejet, 6 novembre 1818 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4763).

(5) Rejet, 11 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4763).

l'acte qui les contient le même degré de certitude qu'aurait pu le faire un notaire dans l'acte authentique où elles eussent été mentionnées (1).

505. Il se peut que la partie interrogée refuse de répondre. Le code de procédure dispose (art. 330) que si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir comparu, il sera dressé procès-verbal sommaire, et les faits *pourront être tenus pour avérés*. A plus forte raison le juge pourra-t-il voir un commencement de preuve par écrit dans le refus de répondre. On dit d'ordinaire que celui qui garde le silence avoue le fait sur lequel il est interrogé; cela n'est vrai que s'il est interrogé par celui qui a le droit de l'interpeller. Telle est bien la position de la partie qui refuse de répondre à l'interpellation du magistrat. Cependant la loi ne dit pas, comme le faisait l'ordonnance de 1667 (titre X, art. 4), que les faits *seront* tenus pour confessés et avérés; il se peut que la partie interrogée ait gardé le silence pour une raison autre que la volonté de dissimuler une vérité nuisible à ses intérêts; le juge appréciera (2).

« Il faut en dire autant, dit Toullier, des obscurités affectées que la partie interrogée met dans ses réponses pour dissimuler la vérité ou en cacher une partie; des évasions pour éluder de répondre directement à ce qu'on lui demande; des réponses artificieuses pour répandre de l'incertitude et des nuages dans l'esprit du juge; enfin des mensonges qui peuvent mettre sa mauvaise foi en évidence. » Nous en trouvons un exemple affligeant dans un arrêt de la cour d'Aix. Une mère réclame des aliments à son fils. Celui-ci, pour échapper à la plus sacrée des obligations, vend tous ses biens le lendemain du jour où il avait été cité par sa mère. La vente était simulée. Interrogé sur faits et articles, le prétendu vendeur refusa de reconnaître si, oui ou non, il avait touché le prix comme l'énonçait l'acte de vente; il persistait à répondre qu'il

(1) Rejet, 15 mars 1843, et Rapport de Mesnard (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4763).

(2) Toullier, t V, 1, p. 119, n° 117. Bourges, 30 avril 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4774).

s'en référait à l'acte. Ces réticences obstinées furent considérées par la cour, avec les autres réponses, comme un commencement de preuve par écrit qui l'autorisait à juger sur présomptions; celles-ci abondaient pour établir une simulation aussi maladroite que méchante (1).

506. L'interrogatoire sur faits et articles est un écrit, mais tout écrit n'est pas un commencement de preuve; il faut qu'il y ait un rapport entre l'écrit et le fait litigieux et que de là naisse une probabilité qui permette au juge du fait d'ordonner la preuve testimoniale. C'est au juge d'apprécier si ce rapport existe et si, par conséquent, il résulte de l'interrogatoire un commencement de preuve par écrit. Un prêt se fait avec hypothèque; la créance périt. Le prêteur intente contre le notaire une action en responsabilité en se fondant sur un mandat spécial qu'il prétendait lui avoir donné antérieurement à l'acte, afin de lui procurer un bon et solide placement. Le notaire nia qu'il eût reçu un mandat; comme le prêteur n'en avait pas de preuve écrite, il demanda que le notaire fût interrogé sur faits et articles. Il a été jugé que l'on ne trouvait pas un mot dans les réponses du notaire d'où l'on pût induire le commencement de preuve que les premiers juges avaient admis; le notaire protestait de la manière la plus formelle contre la qualification de dépositaire et de mandataire que lui prêtait le demandeur; il soutint constamment, sans se donner le moindre démenti, qu'il n'avait pas été chargé du choix de l'emprunteur et qu'il y était resté complétement étranger; toutes ses réponses paraissaient empreintes de bonne foi. En conséquence, la cour de Poitiers rejeta la preuve testimoniale que le premier juge avait admise (2).

On voit que l'appréciation de l'interrogatoire est une question de fait. Le juge peut décider qu'il ne résulte pas de l'interrogatoire un commencement de preuve par écrit, Il a été jugé qu'alors même que les réponses de la partie

(1) Toullier, t. V, 1, p. 120, n° 118. Aix, 25 janvier 1871 (Dalloz, 1872, 2, 52). Comparez Liége, 30 décembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 115); Gand, 26 mars 1852 (*ibid.*, 1853, 2, 182), et 25 juillet 1853 (*ibid.*, 1854, 2, 267).
(2) Poitiers, 22 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 2, 91).

fournissaient un commencement de preuve, la cour avait pu refuser la preuve testimoniale, parce que le commencement de preuve était détruit par des documents dont le demandeur lui-même s'était prévalu (1). Le juge du fait jouit en cette matière d'un pouvoir discrétionnaire. Il y a très-souvent des pourvois, ils sont régulièrement suivis d'un arrêt de rejet, la cour de cassation décidant que l'appréciation des cours d'appel est souveraine. Il n'y aurait lieu à cassation que si le juge du fait décidait en droit que l'interrogatoire ne peut pas être invoqué à titre de commencement de preuve, et sur ce point la jurisprudence est unanime : quand les cours rejettent la preuve testimoniale, c'est en se fondant sur des considérations de fait (2).

507. L'interrogatoire sur faits et articles donne cependant lieu à des difficultés de droit. Qui doit être interrogé quand il s'agit d'établissements publics? Le code de procédure (art. 336) répond à la question : « Seront tenues, les administrations d'établissements publics de nommer un administrateur ou agent pour répondre sur les faits et articles qui leur auront été communiqués. » Nous laissons de côté les détails qui concernent la procédure, en nous bornant à rapporter une espèce qui offre plus d'un enseignement.

En 1837, une femme mariée remit, sans autorisation de son mari, une somme de 10,000 francs au curé de sa paroisse pour être employée, savoir 2,000 francs en une fondation de deux messes par semaine pour sa famille, 1,000 francs pour les pauvres à distribuer de suite, 1,000 francs pour la propagation de la foi, et pour le surplus servir à payer des travaux et améliorations dans l'église paroissiale. En 1848, la donatrice réclama la restitution de ce don manuel qu'elle prétendait être possédé illégalement par la fabrique sous le nom de son trésorier. Les défendeurs nièrent. Mais un interrogatoire sur faits et articles permit d'admettre la preuve testimoniale. En supposant la donation constatée, les motifs de nullité

(1) Rejet, 31 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 209).
(2) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4764.

abondaient; la femme ne pouvait pas disposer à titre gratuit sans autorisation du mari, bien moins encore pouvait-elle disposer d'une valeur appartenant à la communauté; la fabrique ne pouvait profiter d'une libéralité sans y avoir été autorisée par le gouvernement. En fait, les charges mises par la donatrice à son don n'étaient pas remplies; il y avait donc lieu à révocation de la donation, quand même elle aurait été valable. La cour trouva un commencement de preuve par écrit dans l'interrogatoire du curé et du trésorier, et ordonna la preuve testimoniale malgré la vive résistance des défendeurs (1).

Tout était irrégulier dans cette affaire; disons mieux, tout était contraire aux plus simples notions de droit et de morale. Un curé accepte un don considérable d'une femme mariée, à l'insu du mari : c'était un vrai détournement, et le prêtre appelé à diriger, à éclairer les consciences se rend complice d'une fraude! Cette libéralité était faite avec charges, toutes charges pieuses, et ces charges ne furent pas remplies. Et quand la donatrice vient réclamer la restitution de ce qui n'a point cessé de lui appartenir, les hommes d'église nient! Ces faits ne sont pas des faits singuliers, ils se reproduisent tous les jours dans le sein des familles quand la femme est sous l'influence, disons mieux sous la domination d'un confesseur; elle trompe, elle dépouille son mari et ses enfants pour enrichir l'Eglise, pour se faire l'instrument de l'ambition et de la cupidité du clergé! Ce qu'il y a de plus odieux dans ces ténébreuses intrigues, c'est que la femme devient l'ennemie de son mari, elle le vole pour faire des libéralités aussi contraires aux convictions du mari qu'elles sont contraires à ses droits. Ces soustractions frauduleuses, cette tromperie de tous les jours continuent souvent pendant toute la vie de la femme, et il est rare que, même après sa mort, la lumière se fasse; car les hommes de ténèbres qui jouent le grand rôle dans ces scènes ont bon soin de ne laisser aucune preuve de leurs coupables machinations : tout se fait dans les ténèbres et reste enseveli

(1) Paris, 22 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 27).

dans les ténèbres. Par ci, par là, la vérité se fait jour et vient éclairer trop tard le mari trompé. Voilà comment ceux qui se disent les organes de Dieu moralisent les fidèles!

508. Qui a le droit d'ordonner l'interrogatoire? La jurisprudence reconnaît ce droit au juge de paix quand il siége comme magistrat conciliateur. Cela est aussi l'opinion de Toullier. La cour de Nîmes dit que la loi a principalement établi le tribunal domestique de conciliation, afin de recueillir des aveux, des déclarations dans les premiers moments de la contestation, alors que le procès n'est pas encore engagé et que la conscience des plaideurs n'est pas encore endurcie (1); c'est une considération morale qui n'est pas sans valeur, mais les questions de droit se décident par des textes et des principes et, à ce point de vue, la jurisprudence ne saurait se justifier. L'interrogatoire est un moyen de preuve, ce qui suppose un procès engagé; le code de procédure est conçu en ce sens; il veut que l'interrogatoire soit ordonné par jugement, il faut donc qu'il y ait un procès; or, il n'y a point de procès quand les parties comparaissent devant le juge de paix en conciliation; le juge n'a donc pas le droit de leur faire des interpellations auxquelles elles soient tenues de répondre (2).

509. Aux termes de l'article 1356, l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait, mais il ne peut être divisé contre lui. On demande si le principe de l'indivisibilité de l'aveu s'applique au commencement de preuve par écrit qui résulte de l'interrogatoire. La question est très-controversée; nous l'examinerons en traitant de l'Aveu.

e) Aveux et déclarations judiciaires.

510. Il ne faut pas confondre avec l'interrogatoire sur faits et articles, qui a lieu devant le président ou un

(1) Nîmes, 18 prairial an XIII, et Rejet, 19 février 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4943, 1°). Rennes, 24 février 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4945). Toullier, t. V, 1, p. 124, n° 121.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 460, note 46, § 764.

juge par lui commis, avec les déclarations et aveux faits verbalement à l'audience par la partie ou par son avoué. Ces aveux ne se font pas sur une interpellation du juge, et il n'y a pas d'officier public chargé de les constater; on n'en donne pas lecture à celui qui a fait l'aveu verbal et il n'est pas appelé à déclarer s'il y persiste. De là suit que l'aveu verbal par lui-même ne peut former un commencement de preuve par écrit, par l'excellente raison qu'il n'y a pas d'écrit. Pour que l'aveu verbal puisse être invoqué par la partie qui a intérêt de s'en prévaloir, il faut que celle-ci demande acte de la déclaration; si l'acte a été décerné, l'aveu est constaté par écrit, par l'autorité du magistrat; il y a donc une preuve authentique de l'aveu que la partie a fait; dès lors on peut l'invoquer à titre de commencement de preuve par écrit, car l'écrit dressé pour constater l'aveu *émane* de la partie, aussi bien que la réponse que la partie interrogée fait sur l'interrogatoire; les formes diffèrent, mais peu importe; l'article 1347 est applicable si, bien entendu, la déclaration consignée par le greffier rend probable le fait litigieux. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

La cour de Bordeaux a très-bien jugé que les réponses verbales données par une partie lors de sa comparution personnelle à l'audience ne peuvent servir de commencement de preuve par écrit, alors qu'il n'a pas été dressé procès-verbal de ces réponses et qu'elles ne sont consignées dans aucun écrit. Il en serait ainsi alors même que le greffier aurait tenu note des déclarations; car la loi ne lui donne pas mission de constater les dires des parties, le président ne vérifie pas l'exactitude de ces notes et la partie ne peut pas les contrôler, puisqu'il ne lui en est pas donné lecture. Cela est décisif, au point de vue de l'article 1347; les déclarations restent *verbales*, malgré les notes du greffier; dès lors il ne peut s'agir d'un commencement de preuve par *écrit*, puisqu'il n'y a point d'écrit faisant foi (2).

(1) Toullier, t. V, 1, p. 130, n° 127. Aubry et Rau, t. VI, p. 453, note 17, § 764.
(2) Bordeaux, 6 avril 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4765, 1°); et

511. Autre est la question de savoir s'il faut un jugement spécial pour donner acte de l'aveu demandé par l'une des parties. Ce serait bien là la marche régulière et aussi la plus rationnelle, puisque le juge constaterait immédiatement la déclaration, comme cela se fait lors de l'interrogatoire d'une partie. Toutefois il arrive souvent, paraît-il, que, pour éviter les frais d'enregistrement d'un jugement préparatoire, le tribunal donne acte de l'aveu en prononçant le jugement définitif. Un débiteur avoue à l'audience qu'il y a eu compte réglé par experts entre lui et le créancier. Le tribunal constate l'aveu et admet, en conséquence, la preuve testimoniale. Cette décision a été confirmée par un arrêt de rejet (1). L'aveu n'est plus une déclaration verbale, il se trouve consigné dans un acte authentique; cela autorise le juge à y voir un commencement de preuve par écrit.

Il y a des arrêts qui vont plus loin et admettent, à titre de commencement de preuve les déclarations verbales des parties consignées dans les qualités du jugement (2). Il est vrai que la déclaration est consignée dans un écrit, mais cela ne suffit point, il faut que l'écrit émane de la partie qui a fait la déclaration. Or, peut-on dire que les qualités émanent de la partie? Elle y reste complétement étrangère, puisque c'est l'avoué qui rédige les qualités. La cour de Nîmes objecte qu'il y a même raison pour considérer comme un commencement de preuve par écrit les déclarations ou aveux faits lors d'une comparution personnelle et les réponses faites par la partie dans un interrogatoire sur faits et articles. Cette assimilation n'est pas exacte. L'interrogatoire est ordonné par jugement, c'est un magistrat qui y préside, il a mission de recevoir les réponses et de les faire constater par le greffier; les réponses de la partie acquièrent par là un caractère authen-

12 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 5, 354). Lyon, 22 novembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 166).

(1) Rejet, 17 août 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4766, 1°). Comparez Rejet, 17 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4766, 2°), et 5 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 291).

(2) Rejet, 29 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4768). Nîmes, 9 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 5, 383).

tique et, par suite, on peut dire qu'elles émanent de la partie contre laquelle on s'en prévaut. Il en est tout autrement des qualités du jugement; les avoués n'ont pas mission d'imprimer l'authenticité aux déclarations des parties, elles se font sans l'intervention du magistrat; donc il n'y a pas d'écrit *émané* de la partie, ce qui est décisif (1).

512. La loi du 24 août 1790 porte que si le juge de paix ne parvient pas à concilier les parties, il sera dressé un procès-verbal sommaire de leurs dires, aveux ou dénégations sur les points de fait. Le code de procédure dit seulement que le procès-verbal fera sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder. De là la question de savoir si le code de procédure déroge à la loi de 1790. Toullier soutient que non; mais Duvergier, son annotateur, rappelle que le projet de code de procédure reproduisait la disposition de la loi de 1790, et qu'elle fut retranchée par le conseil d'Etat, par la crainte qu'il n'y eût beaucoup de juges de paix incapables de dresser acte des aveux et déclarations des parties. La loi est donc restrictive. Pour que les aveux constatés au procès-verbal servent de commencement de preuve, il faut que les parties signent, leur signature seule attestera que les aveux émanent d'elles (2). La jurisprudence paraît conforme à l'opinion de Toullier; elle admet les aveux comme un commencement de preuve, sans exiger que le procès-verbal soit signé des parties; mais il faut ajouter que les arrêts ne discutent pas la question (3).

d) Des déclarations faites dans une procédure criminelle.

513. Les déclarations que l'une des parties a faites dans une procédure criminelle devant le juge d'instruction peuvent-elles être invoquées, en matière civile, à titre

(1) Montpellier, 5 juin 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4767, 2°). Comparez Bordeaux, 14 février 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4785). Aubry et Rau, t. VI, p. 453, note 17, § 764.

(2) Toullier, t. V, 1, p. 121, n° 119, et Duvergier, p. 123, note.

(3) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4762.

de commencement de preuve par écrit? Une jurisprudence constante s'est prononcée pour l'affirmative (1). Ces aveux émanent de celui qui les fait, puisqu'ils sont constatés authentiquement par un magistrat ayant mission de les recevoir; on peut donc dire des réponses que le prévenu fait devant le juge d'instruction ce que nous avons dit des réponses qu'une partie fait dans son interrogatoire sur faits et articles (n° 504). On objecte qu'il y a une différence; l'interrogatoire sur faits et articles est demandé par l'une des parties plaidantes, et celle qui le subit sait que la partie adverse se prévaudra des réponses qu'elle fera : c'est un moyen de preuve. Il n'en est pas ainsi de l'interrogatoire subi en matière criminelle; il a pour objet de constater la culpabilité du prévenu; si celui-ci fait des déclarations, ce n'est point dans l'intérêt d'un tiers intéressé; celui-ci, dit-on, n'a donc pas le droit de s'en prévaloir. On répond qu'il n'en est pas moins vrai qu'il y a une déclaration émanée de celui qui subit l'interrogatoire, et cette déclaration étant constatée par acte authentique fait foi à l'égard de tout le monde. C'est l'application du principe qui régit les actes authentiques. On a fait une autre objection devant la cour de cassation de Belgique : l'aveu, dit-on, doit être la manifestation libre et spontanée de celui qui le fait; or, le prévenu qui comparaît devant le juge d'instruction n'est pas libre, il doit répondre dans l'intérêt de sa défense. La cour reconnaît que cela est vrai, mais on n'en peut pas induire que le prévenu subisse la moindre contrainte; ce qu'il dit est donc l'expression de sa pensée, et cela suffit pour que l'on puisse dire que les déclarations émanent de lui. Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence entre l'interrogatoire subi devant le juge d'instruction et celui qui se fait par le président sur faits et articles (2).

514. Les déclarations et aveux du prévenu devant le

(1) Nous citons les derniers arrêts de la chambre criminelle, 22 avril 1854 (Dalloz, 1854, 5, 5), 18 août 1854 (Dalloz, 1855, 1, 43), 24 septembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 452), 8 février 1862 (Dalloz, 1863, 5, 300). Limoges, 22 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 197).

(2) Rejet, chambre criminelle, 10 avril 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 1, 43).

tribunal de police correctionnelle ou devant la cour d'assises font-ils aussi foi à titre d'un commencement de preuve par écrit? Il faut distinguer. Si ces déclarations ne sont constatées que par le greffier, elles n'ont aucune force probante. Le code d'instruction criminelle prescrit au greffier de tenir note des principales dépositions des témoins; mais cette prescription ne s'étend point aux explications que le prévenu donne pour sa défense (art. 155 et 189), soit spontanément, soit sur l'interpellation du magistrat. Il suit de là que les notes d'audience n'ont aucun caractère légal; elles ne sont ni lues ni signées par le magistrat, ni relues au prévenu et signées par lui; elles n'offrent donc pas les garanties de véracité et d'exactitude que présentent les interrogatoires devant le juge d'instruction et les interrogatoires sur faits et articles subis en matière civile. La cour de cassation en conclut que l'on ne peut pas attribuer le caractère d'un écrit émané du prévenu à des notes qui ne sont pas l'œuvre de celui à qui on les oppose, dont il n'a pu contrôler la teneur, qu'il n'a ni vues ni signées et qui sont l'ouvrage d'un officier à qui la loi n'a pas donné mission à cet effet (1).

Il en est autrement quand l'aveu du prévenu est constaté par le jugement. Dans ce cas, il y a un écrit authentique faisant foi à l'égard de tous; on peut assimiler le jugement criminel au jugement civil : si celui-ci sert de commencement de preuve par écrit des déclarations qu'une partie fait à l'audience (n° 511), il en doit être de même des déclarations du prévenu que le tribunal constate dans le jugement. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens (2).

2. ACTES ÉMANÉS DES REPRÉSENTÉS ET DES REPRÉSENTANTS.

a) Des représentés.

515. L'article 1317 assimile aux actes émanés de celui à qui on les oppose les écrits émanés de celui qu'il représente. Cela est d'évidence pour les actes émanés du

(1) Cassation, chambre criminelle, 17 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4771, 1°) et 23 septembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 45).

(2) Rejet, chambre criminelle, 30 juin 1846 (Dalloz, 1846, 4, 2).

défunt que l'on peut opposer à ses héritiers; quand ce sont des successeurs universels auxquels la loi accorde la saisine, ils représentent leur auteur, il y a confusion de personnes, de sorte que l'acte émané du défunt est censé émané de ses héritiers; et alors même que les successeurs universels ne sont pas saisis, ils succèdent aux droits et obligations du défunt; ce qui faisait preuve contre celui-ci fait preuve contre eux. Par identité de raison, un acte qui servait de commencement de preuve contre le défunt doit avoir la même force probante contre ses successeurs universels (1). Il n'y a pas à distinguer la succession *ab intestat* de la succession testamentaire ni de la succession contractuelle, les principes qui les régissent étant identiques en ce qui concerne les droits et obligations des successeurs universels. Il a été jugé, par application de ces principes, que les lettres émanées du testateur sont considérées comme un commencement de preuve par écrit à l'égard de chacun des légataires universels (2).

516. Le débiteur représente ses créanciers en tant que ceux-ci exercent ses droits. C'est le débiteur lui-même qui est censé agir par leur intermédiaire, donc les écrits qui font foi contre le débiteur font foi contre ses créanciers, et ce qui est vrai de la preuve complète s'applique naturellement au commencement de preuve. Il va sans dire qu'il n'en est plus de même quand les créanciers agissent en vertu d'un droit qui leur est personnel; telle est l'action paulienne qu'ils intentent contre le débiteur.

517. Il ne faut pas étendre aux ayants cause à titre particulier ce que nous venons de dire des successeurs universels. Ces ayants cause sont des tiers et, par conséquent, on ne peut pas leur opposer des écrits émanés de leur auteur, soit comme preuve complète, soit comme formant un commencement de preuve par écrit. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut des ayants cause et des tiers. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de

(1) Rejet, 10 août 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4796, 3°).
(2) Nîmes, 1er février 1870 (Dalloz, 1872, 1, 119).

Turin; il est inutile de le discuter, car il est en opposition avec les principes généralement admis (1).

b) Des représentants.

518. Nous avons dit que la rédaction de l'article 1347 est incomplète; il ne parle que de celui que la partie représente, il faut ajouter « ou par lequel elle a été représentée » (n° 492). Tout le monde admet que l'on peut opposer au mandant l'écrit émané du mandataire. Le mandataire et le mandant sont regardés comme une seule et même personne relativement à l'affaire dont le premier est chargé; les écrits signés par le mandataire comme tel sont censés signés par le mandant; par la même raison, les écrits qui rendraient le fait litigieux vraisemblable forment un commencement de preuve contre le mandant lorsqu'ils émanent du mandataire (2).

519. La seule difficulté est de savoir quand il y a mandat. On applique les principes généraux de droit, puisque le code n'y déroge point. Le mandat est un contrat, il faut donc qu'il y ait concours de consentement. De plus, le mandat doit être exprès quand il s'agit d'un acte de disposition (art. 1988), et l'aveu est considéré comme un acte de disposition. C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si l'avoué représente la partie en justice quant aux aveux et déclarations qu'il fait. Cela dépend des pouvoirs qu'il a reçus : s'il ne les a pas excédés, on peut opposer à la partie les aveux que l'avoué a faits dans un acte de procédure; s'il les excède, la partie peut le désavouer, mais si elle ne le désavoue point, elle approuve par cela même ce qu'a fait son mandataire et, par suite, on pourra lui opposer les déclarations de celui-ci. Il a été jugé, en ce sens, que les déclarations faites dans la requête signifiée par un avoué sont considérées comme émanées de la partie elle-même et constituent un commencement de preuve par écrit lors-

(1) Turin, 26 février 1812 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3948).
(2) Riom, 10 juin 1817 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4796, 1°). Rejet, 2 janvier 1872 (Dalloz, 1872, 1, 119). Toullier, t. V, 1, p. 62, n° 67).

que la requête n'a pas été désavouée (1). On a objecté que les requêtes ne sont pas signées par la partie; c'est oublier que la partie est un mandant, et le mandant ne doit pas signer ce que le mandataire fait en son nom (2).

520. Le notaire est souvent le mandataire de la partie qui a recours à son ministère. Mais il ne l'est pas en vertu de ses fonctions, pas même pour ce qui concerne la rédaction de l'acte. Il faut qu'il intervienne entre les parties et l'officier public une convention spéciale pour qu'il y ait mandat. Nous en avons déjà donné des exemples (3). Les parties sont disposées à s'en prendre au notaire du mauvais résultat de l'affaire dans laquelle il n'a figuré que comme officier instrumentant; sa responsabilité est déjà très-lourde à ce titre, il ne faut pas l'outrer en le rendant responsable comme mandataire, alors qu'il n'y a pas eu de mandat (t. XVII, n°s 531-534).

521. Il y a des mandataires légaux : tels sont les envoyés en possession des biens d'un absent, les tuteurs, le mari administrateur légal des biens de sa femme. La loi détermine leurs attributions; tout ce qu'ils font dans la limite de leurs pouvoirs est censé fait par les mandants : le vieil adage d'après lequel le fait du tuteur est le fait du mineur s'applique à toutes les administrations légales. De là suit que les actes émanés des mandataires légaux font preuve complète ou commencement de preuve contre ceux dont ils administrent les biens. En général, ils n'ont qu'un pouvoir d'administration; quant aux actes de disposition, la loi prescrit des formalités spéciales pour garantir les intérêts des incapables, ou elle exige l'intervention du mandant. Il en est ainsi de la femme mariée quand il s'agit de la vente de ses propres. Si le mari la consent sans le concours de la femme, les écrits qu'il signe ne pourront être opposés à la femme ni comme preuve, ni comme commencement de preuve par écrit (4).

Le mari qui n'est plus le mandataire légal de sa femme

(1) Bordeaux, 18 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Avoué*, n° 147).
(2) Paris, 14 juin 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4801, 2°).
(3) Rejet, 7 mars 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4796, 2°).
(4) Bourges, 11 mai 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4802).

peut néanmoins être son mandataire conventionnel. Ce mandat ne doit pas être exprès. La femme a mandat tacite de son mari pour tout ce qui concerne les dépenses de ménage, comme nous le dirons ailleurs. Il peut aussi y avoir mandat tacite de la part de la femme, ce qui s'admet assez facilement à raison des rapports qui existent entre époux. Si le mari est mandataire, on applique le principe général en vertu duquel les actes émanés du mandataire sont censés émanés du mandant. La jurisprudence est en ce sens, et cela n'est pas douteux. Mais il ne faut pas dire, comme le fait la cour de Poitiers, que le mandat se présume facilement (1); les contrats ne se présument jamais; seulement le mandat tacite sera plus facilement admis entre époux qu'entre étrangers.

La femme dotale a elle-même l'administration de ses biens paraphernaux; toutefois la loi prévoit le cas, qui se présentera fréquemment, où la femme donne à son mari procuration pour administrer ses biens paraphernaux (article 1574). Il en est de même si elle était séparée de biens. Naturellement il faut, si le mandat est tacite, qu'il soit prouvé. La cour de cassation a jugé que quelques actes de gestion faits par le mari ne suffisent pas pour qu'il soit considéré comme mandataire et pour que les lettres par lui écrites puissent être opposées à sa femme à titre de commencement de preuve par écrit (2).

La femme ne représente pas son mari, à moins qu'elle ne soit mandataire, ce qui s'admet plus difficilement. Il a été jugé qu'un billet souscrit par la femme ne peut être opposé au mari comme commencement de preuve par écrit. Dans l'espèce, on ne prétendait pas qu'il y eût mandat; cela décidait la question (3).

522. On confond facilement le mandat tacite avec la gestion d'affaires. L'article qui définit la gestion d'affaires est si mal rédigé qu'on en a pu induire que le code avait abrogé le mandat tacite. Nous examinerons ces difficultés au titre qui est le siége de la matière (art. 1372). Le gé-

(1) Poitiers, 31 janvier 1854 (Dalloz, 1855, 2, 175).
(2) Cassation, 8 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 771).
(3) Grenoble, 20 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4805).

rant représente-t-il le maître, comme le mandataire représente le mandant? La cour de Metz a jugé que l'acte émané du gendre d'une partie formait contre celle-ci un commencement de preuve par écrit; le gendre était dans l'usage de faire les affaires de sa belle-mère; celle-ci, parvenue à un âge très-avancé et incapable de gérer ses intérêts, avait mis son entière confiance dans son gendre très-versé en affaires, et l'arrêt ajoute qu'il n'agissait que par les ordres de sa belle-mère; il y avait donc mandat plutôt que gestion d'affaires, ce qui ne laissait aucun doute quant à la force probante des actes émanés de lui (1). La gestion d'affaires suppose qu'il n'y a aucun concours de consentement entre le gérant et le maître; peut-on, dans ce cas, considérer comme émanés du maître les écrits émanés du gérant? On enseigne, et il a été jugé qu'il faut la ratification du maître (2). N'est-ce pas confondre le mandat avec la gestion d'affaires? On admet que la ratification équivaut au mandat; il est donc certain que l'on peut opposer, à celui qui a ratifié, les écrits émanés de la personne dont il a ratifié les actes. Mais faut-il aussi cette ratification dans la gestion proprement dite? Non, car l'article 1375 dit que le maître doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, sans exiger qu'il les ait ratifiés; il est donc représenté par le gérant et, par suite, on peut lui opposer les écrits émanés du gérant. Nous reviendrons sur ces principes au titre des *Quasi-contrats*.

523. Il y a une autre confusion dont il faut se garder. Dans l'ancien droit, on avait prétendu que toute écriture privée émanée de l'un de ceux qui ont intérêt dans une affaire est un commencement de preuve contre les autres intéressés. Pothier rejeta cette fausse doctrine; il dit que la reconnaissance de la veuve dans l'inventaire ne peut être opposée aux héritiers du mari; ce sont les vrais

(1) Metz, 22 mai 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4745).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 455, note 26. Larombière, art. 1347, n° 8 (t. III de l'édition belge, p. 186). Douai, 21 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4799). Comparez Rejet, 2 janvier 1872, et le rapport du conseiller Rau (Dalloz, 1872, 1, 119).

principes que le code a consacrés en exigeant que l'acte *émane* de celui à qui on l'oppose, ou de celui par lequel il est représenté; or, la veuve ne représente pas les héritiers (1).

La jurisprudence est en ce sens, bien que des cours d'appel s'y soient trompées. Le créancier d'une rente soutient que la prescription a été interrompue par le payement des arrérages. Il demande que l'un des héritiers du débiteur soit interrogé sur faits et articles; puis il invoque contre les autres héritiers le commencement de preuve qui résulte de l'interrogatoire. La cour de Toulouse admit ce système. C'était violer l'article 1347; l'arrêt a été cassé. La cour de cassation rétablit les vrais principes, et ils sont élémentaires. Quand le débiteur de la rente décède, l'obligation se divise entre ses héritiers, qui n'en sont tenus chacun que pour sa part et portion; de là suit que l'écrit ou l'interrogatoire de l'un d'eux ne saurait avoir que contre celui-ci, et non contre les autres à qui il est étranger, les caractères et les effets légaux d'un commencement de preuve par écrit (2).

Deux sœurs sont copropriétaires d'un immeuble. On prétend qu'elles l'ont vendu, et l'on invoque contre elles une lettre écrite par l'aînée; il est à remarquer que celle-ci s'était servie, en écrivant, du pronom collectif *nous*. La cour de Lyon admit le commencement de preuve contre la sœur qui n'avait pas signé la lettre et sans que l'on alléguât un mandat qu'elle aurait donné à sa sœur aînée. Ce qui semblait compliquer la difficulté, c'est que la sœur aînée mourut laissant pour héritière sa sœur cadette. Mais tout ce qui en résultait, c'est qu'en sa qualité d'héritière celle-ci représentait sa sœur aînée pour la part qui appartenait à la défunte dans l'immeuble, mais elle ne la représentait certes pas pour la part qui lui était personnelle. Il y avait donc violation de l'article 1347; l'arrêt a été cassé (3).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 807. Toullier, t. V, 1, p. 61, n° 66.
(2) Cassation, 17 novembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 459),
(3) Cassation, 30 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4800, 1°)

3. DES ÉCRITS QUI N'ÉMANENT PAS DE CELUI A QUI ON LES OPPOSE.

524. L'article 1347 définit le commencement de preuve par écrit. C'est une exception à la prohibition de la preuve testimoniale ; donc la définition, de même que l'admission de la preuve par témoins, sont de stricte interprétation. La loi détermine les conditions requises pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit; en dehors de ces conditions, il n'y a pas de commencement de preuve, donc il n'y a pas lieu à la preuve testimoniale. C'est une dérogation à l'ancien droit; les ordonnances ne définissaient point le commencement de preuve par écrit; par suite, les tribunaux jouissaient d'un pouvoir arbitraire qu'ils n'ont plus aujourd'hui. Il faut donc décider, malgré le dissentiment de Toullier, que l'acte qui n'émane pas de la partie à laquelle on l'oppose ne peut pas servir de commencement de preuve par écrit. L'article 1329, que Toullier cite, ne dit pas ce qu'il lui fait dire; les registres des marchands autorisent, à la vérité, le juge à déférer le serment supplétoire au marchand, mais le juge ne peut pas ordonner la preuve par témoins en vertu de l'article 1329, et l'article 1347 s'y oppose formellement (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les registres des marchands (nº 339).

525. Il a été jugé, par application de ce principe, que l'on ne pouvait invoquer contre une partie, à titre de commencement de preuve par écrit, une note qui rendait, à la vérité, probable le fait allégué, mais cette note n'était ni écrite ni signée par la partie intéressée. Ce qui rendait la question douteuse, c'est que la note se trouvait au dossier de la partie à laquelle on l'opposait. Ce fait eût été décisif si l'on en avait pu conclure que la partie s'était approprié cet écrit, mais rien ne prouvait qu'elle se le fût approprié; dès lors il fallait appliquer l'article 1347 : la note n'émanant pas de la partie intéressée, il n'y avait

(1) Duranton, t. XIII, p. 387, nº 351. Aubry et Rau, t. VI, p. 456, et note 29, § 764. Rejet, 30 avril 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1034). Il y a un arrêt en sens contraire, qui invoque l'autorité de Toullier, Toulouse, 25 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 4792).

pas de commencement de preuve par écrit contre elle (1). Si celui qui rejette l'écrit qu'on lui oppose s'en est lui-même servi, il se l'est par cela même approprié; dès lors il ne peut plus le répudier comme lui étant étranger. Nous en avons cité des exemples (2).

A plus forte raison ne peut-on pas opposer à l'héritier une déclaration émanée du légataire universel. La cour de Paris s'y est trompée; cela prouve combien ces questions sont délicates. Un abbé, ancien supérieur de la congrégation de Saint-Lazare, institue pour sa légataire universelle une religieuse. Celle-ci déclara immédiatement qu'elle n'entendait rien conserver de ce legs, attendu que les biens appartenaient à la congrégation des Lazaristes; elle remit, en conséquence, les biens à ladite congrégation. Nous laissons de côté la question de savoir si les Lazaristes jouissent de la personnification civile en France; l'arrêt de la cour de Paris le suppose. L'héritière légitime de l'abbé ayant demandé la nullité du legs, la cour rejeta son action en se fondant sur la déclaration de la légataire, d'où résultait que les biens légués n'appartenaient pas au défunt, ce qui enlevait tout intérêt à son héritière. C'était violer l'article 1347; en effet, la cour invoquait contre l'héritier une déclaration qui lui était tout à fait étrangère pour en induire la preuve que les biens légalement appartenant au défunt n'étaient pas sa propriété. L'arrêt devait être cassé (3).

La jurisprudence de la cour de cassation est constante en ce sens. Un acte notarié est attaqué pour cause de simulation. On demande l'interrogatoire sur faits et articles du notaire qui a rédigé l'acte. Les réponses du notaire peuvent-elles être opposées à la partie contractante qui nie la simulation? La négative est si évidente que l'on ne comprend pas que l'affaire ait été portée devant la cour suprême (4).

(1) Nancy, 10 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 2, 23).
(2) Rejet, 12 août 1841, de la cour de cassation de Belgique; Bruxelles, 15 février 1825 (voyez, plus haut, n° 495).
(3) Cassation, 16 février 1848 (Dalloz, 1848, 1, 67).
(4) Rejet, 30 avril 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1034). Comparez. Cassation, 27 novembre 1844 (Dalloz, 1845, 1, 39).

526. Il y a des écrits qui, en vertu de la loi, peuvent servir de commencement de preuve par écrit quoiqu'ils n'émanent point de la partie à laquelle on les oppose. Telles sont les copies qui, sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties, ont été tirées sur la minute de l'acte par l'officier public qui en est détenteur. Ces copies, si elles ont moins de trente ans, ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit. Il en est de même, quelle que soit leur ancienneté, des copies tirées par un notaire qui n'est pas dépositaire de la minute (art. 1335, n°s 2 et 3). La loi assimile à ces copies la transcription faite par le conservateur des hypothèques (art. 1336). Ces copies n'émanent pas de la partie à laquelle on les oppose; en ce sens, c'est une exception à la règle établie par l'article 1347. La raison de l'exception se trouve dans le caractère authentique des copies qui, d'après la loi, peuvent servir de commencement de preuve par écrit. L'acte original, étant reçu par un officier public, fait foi à l'égard de tous; il en doit être de même des copies de la minute, dans la mesure de la force probante que la loi leur reconnaît (1).

III. *L'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué.*

527. L'article 1347 exige une troisième condition pour qu'il y ait un commencement de preuve par écrit; il faut que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué. C'est là condition essentielle, car c'est à raison de cette vraisemblance que la loi permet de recourir à la preuve testimoniale pour fournir un supplément de preuve. Quand peut-on dire que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué? Il résulte de la nature même de cette condition qu'elle est abandonnée à l'appréciation du juge, car il s'agit d'une question de fait, dont la décision varie d'un cas à un autre. Toutefois, dans l'application il faut distinguer : il y a des écrits qui, dans l'intention des parties intéressées, devaient faire

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 457, § 764 (4e édition).

preuve complète du fait litigieux, ce sont les actes proprement dits; s'ils ne font pas pleine foi, c'est à raison d'une irrégularité qui, en principe, les rend nuls; mais comme ils émanent néanmoins des parties et que par leur objet ils rendent probable le fait qui y est constaté, il y a lieu de leur appliquer l'article 1347. Il y a d'autres écrits qui ne constituent pas des actes, telles sont les lettres ou les simples actes non signés; ces écrits ne sont pas destinés à servir de preuve, mais ils peuvent valoir comme commencement de preuve s'ils émanent de la partie à laquelle on les oppose et si le juge y trouve la vraisemblance que la loi exige. En droit, les *actes* et les autres *écrits* sont sur la même ligne en ce qui concerne le commencement de preuve, car l'article 1347 ne distingue pas, mais en fait il y a une différence. S'agit-il d'*écrits* qui n'ont pas été dressés pour servir de preuve, le juge doit examiner, dans chaque espèce, s'ils rendent probable le fait allégué. S'agit-il d'*actes* irréguliers, ils offrent ce caractère de vraisemblance par leur nature même; toutefois le juge conserve le pouvoir discrétionnaire qu'il a en vertu de l'article 1347 : il peut décider que ces actes ne rendent pas vraisemblable le fait allégué et rejeter, en conséquence, la preuve testimoniale. La loi le dit pour les copies d'actes authentiques; elle ne dit pas que ces copies doivent valoir comme commencement de preuve, elle dit qu'elles ne *peuvent* servir que de commencement de preuve, ce qui laisse toujours au juge un pouvoir d'appréciation; à plus forte raison en est-il de même des actes irréguliers et nuls comme tels (1). Le pouvoir discrétionnaire dont les tribunaux jouissent en cette matière résulte de la nature même du commencement de preuve. Il s'agit de décider si les écrits allégués produisent une vraisemblance suffisante pour que l'on puisse recourir sans danger à la preuve testimoniale : c'est au juge d'apprécier. Le pouvoir dont il est investi est arbitraire, mais il doit en user dans l'intérêt de la vérité; ainsi exercé, le pouvoir arbitraire est préférable à l'admission trop facile de la preuve testi-

(1) Duranton, t. XIII, p. 379, n° 344. Toullier, t. V, 1, p. 134, n° 133.

moniale, car il ne faut jamais oublier les graves motifs pour lesquels la loi l'a prohibée.

1. DES ACTES NULS.

528. L'acte notarié est nul quand l'officier public qui l'a reçu est incompétent ou incapable, ou quand une forme prescrite sous peine de nullité n'a pas été observée. Il vaut, en ce cas, comme écriture privée s'il a été signé de toutes les parties. S'il n'est signé que par l'une des parties, on peut le lui opposer comme émané d'elle, et le juge pourra l'admettre à titre de commencement de preuve par écrit si l'acte rend vraisemblable le fait allégué. Cela suppose que le défaut de signature des autres parties contractantes est une simple irrégularité de l'acte : si les parties n'ont pas signé parce qu'elles ont refusé de traiter, il n'y a point de convention et, par suite, l'acte imparfait doit être considéré comme inexistant; il ne peut pas même faire un commencement de preuve d'un fait juridique qui n'a jamais eu d'existence. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1318.

529. Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont pas valables quand ils n'ont pas été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Ils sont encore nuls lorsque chaque original ne contient pas la mention du nombre des originaux qui en ont été faits (art. 1325). Ces actes, nuls à raison de leur irrégularité, peuvent-ils servir de commencement de preuve par écrit? Si l'on s'en tient, comme on le doit, au texte de l'article 1347, la réponse n'est pas douteuse. On suppose que l'acte est signé par la partie à laquelle on l'oppose et qu'il rend vraisemblable le fait allégué; dès lors l'acte réunit toutes les conditions requises pour constituer un commencement de preuve par écrit. Cependant la question est controversée, les auteurs sont divisés et il y a des arrêts en sens divers.

On invoque le texte de l'article 1325, aux termes duquel les actes *ne sont valables* que s'ils ont été faits en double. L'argument n'est pas sérieux. Il y a une règle

fondamentale d'interprétation qui préviendrait bien des controverses si les interprètes ne l'oubliaient à chaque pas : ne pas faire dire à une loi ce qu'elle ne dit pas et ce qu'elle n'a pas eu pour objet de décider. Quel est l'objet de l'article 1326? est-ce de décider si l'acte irrégulier peut ou non servir de commencement de preuve par écrit? Il n'y est pas question d'un commencement de preuve. Si la loi dit que l'acte non fait double n'est pas valable, cela signifie que cet acte ne fait pas preuve, c'est-à-dire preuve complète. Quant à la question de savoir s'il peut servir de commencement de preuve, elle est décidée, non par l'article 1325, mais par l'article 1347, et cet article la tranche sans doute aucun.

On objecte l'esprit de la loi, toujours en invoquant l'article 1325. Le législateur déclare que l'acte n'est pas valable, dit-on, parce qu'il présume que les parties n'ont pas traité définitivement. Nous avons répondu d'avance que le législateur ne présume rien du tout, il prescrit des conditions pour que l'acte fasse preuve; ces conditions n'ont-elles pas été observées, l'acte ne fait pas preuve. Est-ce à dire qu'il ne puisse valoir comme commencement de preuve par écrit? C'est tirer de l'article 1325 une conséquence à laquelle certes le législateur n'a pas pensé. On insiste et l'on dit que la loi a voulu l'égalité entre les parties contractantes, que tel est le seul but des deux conditions qu'elle établit; or, l'égalité n'existerait plus si l'une des parties pouvait se servir de l'acte à titre de commenmencement de preuve, tandis que l'autre n'aurait pas ce droit. Notre réponse est toujours la même; on fait décider au législateur une question qui est étrangère à la disposition qu'il s'agit d'interpréter. L'acte irrégulier ne sert de preuve pour aucune des deux parties; voilà l'égalité que la loi a voulue. Peut-il valoir comme commencement de preuve pour l'une des parties? C'est une autre question dont il faut chercher la solution dans l'article 1347 (1).

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. VI, p. 384, note 34, § 756. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Colmet de Santerre, t. V, p. 558, n° 288 *bis* X. Larombière, t. IV, p. 359, n° 38 (Ed. B., t. III, p. 199).

La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion que nous venons de défendre; elle se fonde sur le texte de l'article 1347, argument décisif qui aurait dû prévenir toute controverse (1). Les cours de Belgique ont toujours jugé en ce sens (2).

530. Les billets qui ont pour objet une obligation de somme d'argent ou de choses fongibles sont soumis à des formalités spéciales dont l'inobservation entraîne la nullité de l'écrit, en ce sens qu'il ne fait pas preuve de la dette. Ces billets peuvent-ils servir de commencement de preuve par écrit? On suppose qu'ils sont signés, sans que le signataire y ait ajouté un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. C'est une question analogue à celle que nous venons d'examiner et qui doit recevoir la même solution. Il faut laisser de côté l'article 1326, qui est étranger au commencement de preuve; c'est l'article 1347 qui est le siége de la matière, et cette disposition est si claire, « que l'on doit renoncer au bon sens et à la raison (3) » pour soutenir qu'un billet signé du débiteur ne forme pas un commencement de preuve contre lui, parce qu'il n'a pas écrit de bon à la suite de sa signature, ou parce qu'il n'a pas écrit la somme en toutes lettres. Vainement dit-on que la loi a exigé le bon afin de prévenir les surprises ou la mauvaise foi du créancier. Tel est bien le but de la formalité du *bon*. Est-ce à dire que tout billet non revêtu d'un bon soit présumé être l'œuvre de la fraude? La loi ne dit pas cela. Elle ne dit pas même que le billet est nul, comme le faisait l'ordonnance de 1667; tout ce qu'il est permis de conclure de l'irrégularité du billet, c'est qu'il ne fait pas preuve de l'obligation. Mais de ce qu'il ne fait pas preuve complète, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse servir de commencement de preuve. La différence est grande entre la preuve et le commencement de preuve

(1) Cassation, 28 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 105). Voyez la jurisprudence antérieure dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, nº 4056.

(2) Bruxelles, 2 août 1837 et 28 novembre 1843 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 199, et 1843, 2, 378). Liége, 10 janvier 1844 (*ibid.*, 1844, 2, 128).

(3) Ce sont les expressions de Toullier, t. IV, 2, p. 292, nº 293.

Si le billet faisait preuve contre le signataire qui n'y aurait pas mis de bon, il pourrait y avoir abus de blanc seing et surprise; tandis que cela n'est pas à craindre lorsqu'on invoque le billet à titre de commencement de preuve. Le juge a un pouvoir d'appréciation ; il admettra le débiteur à prouver qu'il a signé sans connaissance de cause; et lorsqu'il y aura seulement un soupçon de surprise, il rejettera la preuve testimoniale. La jurisprudence de la cour de cassation (1) et l'opinion de la plupart des auteurs (2) sont en ce sens.

Il y a des arrêts en sens contraire. La cour de Paris dit que la formalité prescrite par l'article 1326 est véritablement constitutive de l'acte, que son omission ne produit pas uniquement une *présomption simple* de surprise, mais une *présomption absolue*, et qu'il est contre toute règle qu'un acte réprouvé par la loi comme suspect forme un commencement de preuve par écrit. Quand on met cet arrêt en regard de l'article 1326, on est très-étonné de voir que la loi ne dit pas un mot d'une présomption quelconque; or, pour qu'il y ait présomption légale, il faut qu'une loi *spéciale* l'ait établie: ce sont les termes de l'article 1353. Il faut donc laisser là cette prétendue présomption légale et absolue que la loi ignore. Reste une simple formalité pour l'inobservation de laquelle l'article 1326 ne prononce pas même la nullité. La cour de Paris ajoute que si l'on considère le billet non revêtu d'un bon comme formant un commencement de preuve par écrit, il en résultera que la preuve testimoniale sera admise dans toutes les affaires de cette nature, ce qui serait d'une dangereuse conséquence (3). Cela n'est pas exact

(1) Nous citons les derniers arrêts, ils sont à peine motivés : Rejet, 10 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 61); Lyon, 17 juin 1871 (Dalloz, 1871, 2, 192). La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens. Nous citons les derniers arrêts : Bruxelles, 20 juin 1854; Gand, 15 juin 1871; Liége, 8 mars 1871 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 36; 1872, 2, 74; et 1871, 2, 221).

(2) C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Delvincourt (Aubry et Rau, t. VI, p. 394, note 76, § 756).

(3) Paris, 5 décembre 1816 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4118). Comparez Bourges, 11 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4172, 2°). La cour de Bourges a abandonné cette opinion (arrêt du 11 juin 1851 Dalloz, 1852, 2, 33), ainsi que la cour de Paris (arrêt, 7 décembre 1871.)

Nous ne posons pas en principe que le billet signé *doit* être admis comme un commencement de preuve; les probabilités sont contre le signataire, car la fraude et la surprise sont des exceptions; mais si une de ces exceptions se présente, le signataire du billet sera admis à prouver qu'il a signé sans connaître l'étendue de l'obligation qu'il contractait, et il suffira qu'il y ait des soupçons de fraude pour que le juge rejette le billet.

Nous disons que le débiteur est admis à prouver la surprise ou son ignorance de ce qu'il a signé. Cela ne veut pas dire qu'il y ait une présomption contre le signataire, mais il y a certainement une probabilité contre lui; c'est à lui de détruire cette probabilité. La jurisprudence française met à charge du créancier la preuve que le signataire avait pleine connaissance de la portée de l'acte qu'il a souscrit. On lit dans un arrêt de la cour de Grenoble que le porteur du billet est *tenu* de prouver que celui qui l'a signé l'a fait en pleine connaissance de cause (1). Cette rigueur est sans doute fondée sur la prétendue présomption de surprise ou de fraude qui existerait contre l'acte non revêtu d'un bon. Nous avons rejeté le principe, nous rejetons la conséquence que l'on en déduit. Il n'y a aucune présomption, seulement le débiteur est intéressé à opposer son ignorance, et, de son côté, le créancier a intérêt à établir que le débiteur a signé en connaissance de cause; le juge, ayant un pouvoir discrétionnaire, peut admettre ou rejeter le commencement de preuve que le demandeur fonde sur le billet; c'est aux parties à faire valoir leurs moyens, mais on ne peut pas dire, comme le fait la cour de Grenoble, que le créancier soit tenu de prouver que le billet a été signé en connaissance de cause; c'est une question d'intérêt, donc de fait, et non une question de droit. La jurisprudence des cours de Belgique est en ce sens (2).

(1) Paris, 24 mai 1855 (Dalloz, 1855, 2, 197). Grenoble, 26 novembre 1856 (Dalloz, 1857, 2, 58). Comparez Bourges, 11 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 33).

(2) Bruxelles, 16 janvier 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 29) et 13 juin 1849 (*ibid.*, 1850, 2, 84).

2. DES ÉCRITS AUTRES QUE LES ACTES.

531. D'ordinaire les écrits que l'on allègue comme formant un commencement de preuve par écrit ne sont pas des actes ; ils n'ont pas été dressés pour fournir une preuve du fait litigieux, mais ils y ont quelque rapport, et de là résulte une probabilité en faveur de la demande ou de l'exception que l'on veut établir par la preuve testimoniale. La question est de pur fait dans ce cas ; c'est au juge à décider si l'écrit rend le fait allégué vraisemblable. On trouve des exemples dans tous les auteurs, empruntés à Boiceau, à Danty et à Pothier (1). Nous préférons rapporter quelques espèces d'après la jurisprudence qui est l'expression de la vie réelle. Il y a de nombreux arrêts sur la matière ; il ne serait guère utile de les reproduire, les faits et la vraisemblance qui en résulte variant nécessairement d'un procès à l'autre, de sorte qu'il est rare que les décisions servent de précédents.

Il y a un principe qui domine cette matière : il doit y avoir un rapport entre l'écrit et le fait qu'il s'agit de prouver, sinon l'on ne conçoit pas qu'il en résulte une probabilité quelconque, ni, par conséquent, un commencement de preuve par écrit. Un arrêt de la cour de cassation en fournit un exemple. Une veuve, donataire universelle de l'usufruit des biens de son mari, demande à prouver par titres et par témoins que ce dernier, après avoir vendu une maison à lui appartenant, se l'était fait rétrocéder. De titres elle n'en avait point, mais elle alléguait des écrits comme formant un commencement de preuve suffisant pour être admise à la preuve testimoniale. D'abord un compte signé par la partie adverse, par lequel celle-ci se reconnaissait débitrice de loyers envers ladite veuve ; c'étaient, d'après la demanderesse, les loyers de la maison rétrocédée. La cour de Dijon répond que rien n'indiquait de quelle propriété il s'agissait. La demande-

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 801 et 802. Duranton, t. XIII, p. 381, nos 345-350. Aubry et Rau, t. VI, p. 459, notes 39-41, § 764.

resse invoquait encore une déclaration faite par elle à l'inventaire; il y était dit que le défunt devait une somme de 1,000 fr. aux acquéreurs de la maison; c'était, d'après elle, le prix de la prétendue rétrocession. La cour répond que la déclaration n'a aucun rapport avec une vente; d'ailleurs cette déclaration n'émanait pas de ceux à qui elle était opposée, elle devait donc être rejetée. En définitive, les écrits invoqués comme commencement de preuve ne prouvaient rien; la preuve testimoniale ne pouvait donc être admise. Sur le pourvoi, la cour de cassation décida que la cour de Dijon avait justement refusé d'admettre la preuve par témoins (1).

532. C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si le titre d'une rente prescrite peut servir de commencement de preuve par écrit pour établir que la prescription a été interrompue par le payement des arrérages. Toullier établit très-bien la négative. Le créancier négligent a laissé s'écouler trente années sans exiger d'acte récognitif, comme il avait le droit de le faire (article 2263). Il prétend que les arrérages lui ont été payés exactement; mais le capital excédant 150 fr., il ne peut être admis à prouver le payement par témoins que moyennant un commencement de preuve par écrit. Il produit la grosse originale et soutient que la possession de ce titre est, sinon une preuve, du moins une présomption que la rente n'a pas été rachetée, car si elle l'avait été, la grosse aurait été remise au débirentier; il conclut de là qu'il y a commencement de preuve que la rente existe encore et que les arrérages en ont été payés. La question s'est présentée dans l'ancien droit; on distinguait entre les rentes constituées créées à prix d'argent et les rentes foncières; quant aux premières, la preuve par témoins du payement des arrérages de la rente n'était point admise, parce que ces rentes étant rachetables, le défaut d'avoir fait renouveler le titre dans les trente ans en faisait présumer le rachat. Quant aux rentes foncières, on admettait la preuve testimoniale du service des arrérages sur la pro-

(1) Cassation, 27 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 398).

duction du titre, parce que ces rentes n'étant point rachetables, on n'en pouvait présumer le payement. Aujourd'hui toutes les rentes sont rachetables ; il faut donc décider que la preuve testimoniale n'est jamais admise, quand même le créancier serait encore en possession du titre. Il y a de cela une raison décisive ; c'est qu'un titre éteint par la prescription ne peut être invoqué pour prouver qu'il n'y a pas de prescription (1). La jurisprudence est en ce sens ; comme le dit très-bien la cour de Douai, il n'y a pas de corrélation nécessaire entre la possession du titre et le fait du payement des arrérages ; cela suffit pour rendre l'article 1347 inapplicable (2). Un arrêt en sens contraire de la cour de Caen a été cassé : tout ce que la production du titre prouve, dit la cour de cassation, c'est l'existence de l'obligation originaire ; mais le titre n'ayant pas été renouvelé, ne peut pas servir de preuve que l'obligation existe encore, à moins que le crédirentier ne prouve que la prescription a été interrompue par le payement des arrérages ; cette preuve doit se faire indépendamment du titre (3).

533. Un mandataire est poursuivi en police correctionnelle pour avoir détourné une somme qu'il avait touchée au nom du mandant. Il nie le mandat. La preuve du mandat, comme nous le dirons plus loin, doit se faire d'après les règles du droit civil. Il n'y avait pas de titre ; mais le prévenu avait inscrit cette affaire, au nom de la mandante, sur le registre de son cabinet : c'était un commencement de preuve par écrit qui rendait la preuve testimoniale admissible. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation, chambre criminelle (4).

534. Un créancier hypothécaire donne mainlevée de l'inscription à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué. En résulte-t-il un commencement de preuve par écrit que le créancier a été payé? L'affirmative n'est guère douteuse.

(1) Toullier, t. V, 1, p. 103, nos 97 et 98. Larombière, t. V, p. 100, no 24 (Éd. B., t. III, p. 190).

(2) Douai, 19 janvier 1842. Riom, 4 mai 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 4845).

(3) Cassation, 19 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 38).

(4) Rejet, 4 août 1854 (Dalloz, 1854, 5, 597).

Il est vrai qu'un créancier peut consentir à la radiation de l'inscription sans renoncer à l'hypothèque et alors que sa créance subsiste encore; mais d'ordinaire l'inscription n'est radiée que lorsque la dette est éteinte; la probabilité est donc que le créancier est payé quand il donne mainlevée de l'inscription, cette probabilité suffit pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit (1).

535. La jurisprudence admet que les donations peuvent se faire sous forme d'un acte de vente; elles peuvent donc aussi se prouver, comme les ventes, par témoins avec un commencement de preuve par écrit. L'acte de vente peut-il servir de commencement de preuve de la donation déguisée? La cour de Bruxelles a jugé la question affirmativement. Il y avait, dans l'espèce, un motif de douter. La vente avait été annulée comme telle; en fallait-il conclure que l'acte de vente ne pouvait faire foi d'une donation? Non, puisque la jurisprudence admet la validité des ventes déguisées. L'acte subsistait donc, quoique la vente fût annulée, et il pouvait être invoqué comme contenant une libéralité; mais par lui seul il ne prouvait pas qu'il y eût donation, il n'en résultait qu'une probabilité, donc un commencement de preuve par écrit (2).

536. Une vente est constatée par acte sous seing privé. A la suite de l'acte, un notaire s'engage personnellement à payer le prix en principal et intérêts. Il a été jugé que cette déclaration forme un commencement de preuve par écrit autorisant le vendeur à faire preuve par témoins et par présomptions que la vente a, en réalité, été faite au notaire par personne interposée. L'engagement contracté par le notaire n'était pas une libéralité, personne ne le prétendait; ce n'était pas un cautionnement, car le notaire s'obligeait comme débiteur principal; or, on ne peut être débiteur personnel d'un prix de vente qu'à titre d'acheteur. Pourquoi le notaire n'avait-il pas figuré comme tel à l'acte de vente? C'est que la vente était une spécula-

(1) Rejet, 17 juillet 1820; Paris, 16 août 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4853).
(2) Bruxelles, 16 avril 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 106).

tion que lui interdisaient les devoirs ou les convenances de sa profession (1).

537. Une procuration en blanc est remise à un notaire avec pouvoir de recevoir une créance de 8,500 fr. Le notaire resta en possession de cette procuration jusqu'au jour où, tombé en déconfiture, il prit la fuite. Le débiteur prétendit avoir payé entre les mains du premier clerc, avant la disparition du notaire. Question de savoir si le notaire était mandataire. Le fait qu'une procuration en blanc lui avait été remise fut considéré, par la cour de Caen, comme un commencement de preuve par écrit, alors que toutes les circonstances de la cause prouvaient que la créancière avait chargé ledit notaire du soin de ses intérêts. La cour de cassation confirma la décision (2).

538. Je demande contre vous le payement d'une somme de 2,000 fr. que je prétends vous avoir prêtée. Le prêt n'est constaté par aucun acte, mais j'ai une lettre du débiteur par laquelle il dit être au désespoir de ne pouvoir rembourser l'argent que je lui ai si obligeamment prêté et déclare qu'il s'empressera d'acquitter une dette si sacrée pour lui. C'est un des exemples donnés par Pothier : la dette est prouvée par la reconnaissance écrite du débiteur; de là un commencement de preuve par écrit qui autorise la preuve testimoniale pour établir le montant de la dette. Le cas s'est présenté. La cour déféra le serment supplétoire à la créancière; sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet sur les conclusions de Daniels (3).

IV. *Compétence de la cour de cassation.*

539. La cour de cassation est-elle compétente pour décider s'il y a ou non un commencement de preuve par écrit? Elle est compétente quand il s'agit d'une question de droit, elle ne l'est pas quand la question est de fait. Il

(1) Rejet, 9 décembre 1851 (Dalloz, 1851, 1, 325).
(2) Rejet, 4 août 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4861).
(3) Rejet, 29 prairial an XIII (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4831). Pothier, *Des obligations*, n° 804.

y a une question de droit dans l'espèce, puisque l'article 1347 définit le commencement de preuve par écrit : le juge ne peut, sans violer la loi, s'écarter de cette définition, en admettant, par exemple, comme faisant commencement de preuve par écrit un acte qui n'émane point de celui à qui on l'oppose ni de celui qu'il représente ou par lequel il est représenté. Mais il y a aussi une question de fait, c'est celle de la vraisemblance qui résulte de l'écrit. Sur ce point, les juges du fait jouissent d'un pouvoir discrétionnaire et, par conséquent, ils décident souverainement (1).

540. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens. Elle a jugé, en principe, que le point de savoir si le caractère des pièces alléguées était de nature à former un commencement de preuve par écrit est une question de droit qui rentre dans ses attributions. Elle a cassé, en conséquence, une décision de la cour de Lyon qui avait admis une lettre comme formant un commencement de preuve par écrit, alors que cette lettre n'émanait pas de la partie à laquelle on l'opposait (2). Un autre arrêt pose les deux principes que nous venons d'établir. « S'il appartient à la cour de cassation de vérifier, dans tous les cas, si les actes admis par les cours d'appel comme formant commencement de preuve par écrit satisfont aux conditions légales imposées par l'article 1347, pour qu'ils puissent servir de base à la preuve testimoniale, c'est aux juges du fait qu'est exclusivement dévolu le droit d'apprécier si, d'après leur contexte et eu égard aux circonstances de la cause, lesdits actes sont réellement de nature à rendre vraisemblable le fait dont la preuve est demandée. » Dans l'espèce, la cour de Grenoble avait jugé que les actes produits ne pouvaient servir de commencement de preuve; la question était douteuse, car il y avait des écrits constatant le payement d'intérêts supérieurs à la somme de 2,000 fr. que la cour allouait à la demanderesse en cassation; la cour de cassation s'est bornée à

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 460, notes 47 et 48, § 764.
(2) Cassation, 31 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4800, 1°).

répondre que la décision de fait échappait à son contrôle (1). Il y a un grand nombre d'arrêts en ce sens; il est inutile de les citer, le principe étant admis par tout le monde (2).

N° 2. EFFET DU COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT.

541. L'article 1347 porte : « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. » Il y a donc exception pour toutes les règles que le code établit sur la preuve testimoniale. Nous avons dit que l'article 1341 prohibe la preuve testimoniale, d'abord quand il s'agit de choses excédant la somme ou valeur de 150 fr.; ensuite quand les parties ont dressé un acte, aucune preuve par témoins n'est reçue contre et outre le contenu en l'acte. L'exception de l'article 1347 porte sur ces deux règles. Il n'y a aucune difficulté pour la première. Quant à la seconde, il est également incontestable que la preuve testimoniale est admise contre et outre le contenu en l'acte lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. La jurisprudence est en ce sens (3), et la question n'est pas douteuse, puisqu'elle est décidée par le texte de la loi. Il est également certain que l'on peut se prévaloir d'un commencement de preuve par écrit contre un acte authentique; l'article 1341 commence par dire qu'il doit être passé acte *devant notaires* ou sous seing privé de toutes choses excédant la valeur de 150 fr., puis il dit qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux *actes*. Le mot *actes*, dans la seconde partie de l'article, comprend donc les actes notariés aussi bien que les actes sous seing privé (4).

542. Il y a cependant une distinction à faire, à notre

(1) Rejet, 17 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 247).
(2) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, nos 4747 et 4748.
(3) Rejet, 22 mai 1827 (Dalloz, au mot *Commune*, n° 2374); 15 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4809); Bourges, 27 avril 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 4763, 3°).
(4) Lyon, 28 août 1818 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4763, 1°).

avis, et il en résulte une différence entre les actes authentiques et les actes sous seing privé. L'article 1347 est applicable dans tous les cas où l'acte ne fait foi que jusqu'à preuve contraire; en général, cette preuve ne peut pas consister dans les témoignages, parce qu'aucune preuve par témoins n'est admise contre et outre le contenu aux actes; par exception, la preuve testimoniale sera admissible quand il y aura un commencement de preuve par écrit; on pourra donc prouver par témoins contre et outre l'acte, fût-il authentique. Mais quand l'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi jusqu'à inscription de faux, aucune autre preuve n'est admise, sauf celle de la procédure en faux; d'où suit que l'article 1347 ne peut pas recevoir d'application. En effet, cette disposition suppose que la preuve littérale est admissible, puisque la preuve par témoins, appuyée sur un commencement de preuve par écrit, tient lieu de la preuve par actes; lorsque la preuve par actes même est rejetée, il ne peut pas être question d'admettre la preuve testimoniale.

Nous disons qu'il résulte de là une différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé. Le premier fait foi de sa date jusqu'à inscription de faux, ce qui exclut la preuve contraire et, par conséquent, l'application de l'article 1347; tandis que les actes sous seing privé ne font foi de la sincérité de la date que jusqu'à preuve contraire, ce qui permet de la combattre par la preuve testimoniale lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. La question se présente pour la date des testaments : quand le testament est par acte public, c'est-à-dire notarié, l'article 1347 ne reçoit pas d'application; la sincérité de la date mise par l'officier public ne peut être attaquée par la preuve contraire; si on veut la combattre, on doit s'inscrire en faux; tandis que la date du testament olographe ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, et cette preuve peut consister dans un commencement de preuve par écrit confirmé par des témoignages. La question est cependant très-controversée, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations et Testaments*.

543. Il y a des contrats qui doivent être prouvés par

écrit : on demande si, dans ces cas, la preuve testimoniale sera admissible quand il y a un commencement de preuve par écrit. La question se présente pour le bail : aux termes de l'article 1716, si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix. Cette disposition exclut-elle l'application de l'article 1347? L'article 1907 veut que le taux de l'intérêt conventionnel soit fixé par écrit; la stipulation peut-elle être prouvée par témoins s'il y a un commencement de preuve par écrit? Même question pour les transactions; ce contrat doit, d'après l'article 2045, être rédigé par écrit. Nous renvoyons l'examen de la difficulté aux titres qui sont le siége de la matière.

Dans les affaires commerciales, la preuve testimoniale est toujours admise. La loi fait une exception pour les sociétés en commandite ou en nom collectif et pour les sociétés coopératives; elles doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée (loi du 18 mai 1873, art. 4). La loi est encore plus rigoureuse pour les sociétés anonymes et pour les sociétés en commandite par actions; elles ne peuvent être formées que par acte authentique. Ces dispositions ne laissent guère de doute sur la question de savoir si l'article 1347 est applicable; elles impliquent la nécessité d'un acte écrit, ce qui exclut tout autre moyen de preuve (1).

§ II. *De l'exception prévue par l'article* 1348.

N° 1. LE PRINCIPE.

544. Les règles sur la prohibition de la preuve testimoniale reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui. Cette disposition de l'article 1348 apporte une modification consi-

(1) Larombière, t. V, art. 1347, n° 40 (Ed. B., t. III, p. 199).

dérable aux règles établies par l'article 1341. L'art. 1341 suppose qu'il existe un écrit ou qu'il a été au pouvoir des parties d'en rédiger un : la première règle dit qu'il doit être passé acte de toutes choses excédant 150 francs; la seconde rejette la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. Quand il n'y a pas d'acte, il ne peut être question de l'application de la seconde règle. La première implique que les parties ont la faculté de rédiger un acte. Si la rédaction d'un écrit est impossible, le commandement de la loi ne peut plus recevoir d'application, car la loi ne veut jamais l'impossible; de là la conséquence tirée par l'article 1348 que la preuve par témoins est admise lorsque les parties ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Il faut généraliser l'exception dont les termes ne semblent s'appliquer qu'au créancier qui réclame l'exécution de l'obligation contractée envers lui. L'exception s'applique naturellement aux cas qui sont compris dans la règle; or, la règle est conçue dans les termes les plus généraux, elle s'applique à tout fait juridique, elle s'applique à toute partie, au défendeur comme au demandeur. Il en doit être de même de l'exception. La nature même de l'exception le prouve. On ne peut jamais demander l'impossible; si la preuve testimoniale est prohibée, c'est que les parties ont pu et dû dresser un écrit pour constater le fait litigieux; si elles ne l'ont pas pu, la raison de la prohibition cesse et, par suite, la prohibition doit aussi cesser.

On a dit que les cas d'impossibilité ne sont point réellement des exceptions, que ce sont des cas qui n'ont jamais été et qui n'ont jamais pu être compris dans la prohibition (1). Cela n'est pas tout à fait exact. Il y a des faits qui ne sont pas compris dans la prohibition, ce sont les faits appelés matériels par opposition aux faits juridiques. Mais les faits prévus par l'article 1348 sont des faits juridiques, l'exception le suppose et les exemples que la loi donne le prouvent. En ce sens ils sont compris dans

(1) Toullier, t. V, 1, p. 440, n° 137, d'après l'avocat général Joly de Fleury.

la règle; si la prohibition ne s'applique pas à ces faits, quoiqu'ils soient juridiques, c'est parce que la raison de la prohibition cesse.

545. Après avoir établi le principe de l'exception, l'article 1348 dit qu'elle s'applique aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits, aux dépôts nécessaires, aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus et au cas où le créancier a perdu son titre. Quel est le sens de ces applications? Un premier point est certain, c'est que ce sont seulement des exemples qui n'ont rien de limitatif. L'exception est applicable à tous les cas où il a été impossible aux parties de se procurer une preuve littérale; c'est ce que dit le commencement de l'article; l'exception est donc générale. Cela n'est pas douteux si l'on considère l'esprit de la loi : prohiber la preuve testimoniale, c'est obliger les parties de faire la preuve par écrit; or, la loi ne peut pas obliger les parties de produire un écrit quand elles ont été dans l'impossibilité de s'en procurer un.

Il y a une seconde remarque à faire sur les applications que la loi fait du principe qu'elle pose : par cela même que ce sont des applications, on doit les entendre dans le sens du principe, c'est-à-dire que dans les cas énumérés par la loi la preuve testimoniale n'est admissible que si réellement il a été impossible aux parties de se procurer une preuve littérale. Lors donc que, dans un de ces cas, les parties ont pu dresser un écrit, l'exception cesse d'être applicable et, par suite, on rentre dans la règle qui prohibe la preuve par témoins quand la valeur de la chose dépasse 150 francs. Les applications n'étant que des exemples, il va sans dire qu'elles ne peuvent déroger au principe; or, ce serait déroger au principe de l'article 1348 que d'admettre la preuve par témoins dans des cas où les parties ont pu et dû se procurer une preuve littérale; et cette dérogation n'aurait aucune raison d'être (1).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 461, notes 1 et 2, § 765. Colmet de Santerre, t. V, p. 615, n° 321 *bis* II.

Parmi les applications que l'article 1348 donne du principe qu'il établit, il y a un cas qui est étranger au principe : c'est celui de la perte du titre; on ne peut pas dire que, dans ce cas, les parties aient été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, puisqu'il existait un acte; mais cet acte ayant péri par suite d'un cas fortuit, la partie intéressée se trouve dans l'impossibilité de le représenter; en ce sens, le n° 4 de l'article 1348 se rattache à l'exception que cet article consacre.

N° 2. DES CAS ÉNUMÉRÉS PAR L'ARTICLE 1348.

I. *Les quasi-contrats.*

1. LA GESTION D'AFFAIRES.

546. L'article 1348 dit que la seconde exception s'applique aux obligations qui naissent des quasi-contrats. Pothier en donne la raison. Les quasi-contrats se forment sans concours de consentement, de sorte que le créancier acquiert une action par un fait dont il peut n'avoir pas connaissance, ce qui exclut la possibilité de se procurer une preuve littérale; et alors même que celui qui demande à prouver le quasi-contrat connaît le fait et en est même l'auteur, il est néanmoins dans l'impossibilité d'en dresser acte, car il lui faudrait le concours de l'autre partie, et par ce concours il y aurait contrat. La loi a donc dû donner aux parties intéressées le droit de prouver indéfiniment par témoins le fait d'où résulte le quasi-contrat. Telle est la gestion d'affaires (art. 1371 et 1372).

547. L'exception s'applique sans difficulté au maître dont l'affaire a été gérée à son insu. C'est l'exemple donné par Pothier. Si quelqu'un, pendant mon absence, a fait valoir mes terres, a fait la moisson, les vendanges, a vendu les blés et les vins qui en sont provenus, il doit me rendre compte de cette gestion. S'il en disconvient, la preuve testimoniale n'en peut m'être refusée, car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve. Il faut dire plus : la cour de Bourges a très-bien jugé que je puis prouver par

témoins, non-seulement le fait de la perception des fruits, mais encore le prix auquel le gérant a vendu les blés et les vins. C'est l'application du principe; je n'ai pu me procurer une preuve littérale de la vente, puisque je suis resté étranger au contrat. Vainement a-t-on dit qu'il fallait recourir à une expertise ou aux mercuriales; ce n'est pas la valeur des fruits que je réclame, c'est le prix pour lequel ils ont été vendus, et c'est ce prix que j'ai le droit d'établir par témoins (1).

En est-il de même quand le maître a connu la gestion? L'article 1371 semble considérer comme gestion d'affaires le cas où le maître a connu dès le principe la gestion, aussi bien que le cas où il l'a ignorée. Nous renvoyons l'examen de la difficulté au titre des *Quasi-contrats*. La mauvaise rédaction de la loi donne lieu à un doute; si le propriétaire connaît la gestion, il y a consenti; donc il y a concours de consentement et, par suite, contrat : c'est le mandat tacite, ce n'est pas la gestion d'affaires. N'en faut-il pas conclure que ce cas n'est pas celui de l'exception prévue par l'article 1348, que c'est le cas de la règle et que, par suite, la preuve testimoniale n'est pas admise? Tel serait bien notre avis si, dès le principe et avant que la gestion ait commencé, le propriétaire avait connu l'intention du gérant et avait consenti. Mais s'il a ignoré la gestion au moment où elle a commencé et qu'ensuite il l'apprenne, il y a quasi-contrat et, par conséquent, la preuve testimoniale sera admissible (2).

548. Le gérant est aussi admis à prouver la gestion par témoins, car lui, pas plus que le maître, n'a pu se procurer une preuve littérale du fait qui produit le quasi-contrat. Boiceau ajoute que l'équité et l'intérêt même du maître justifient cette exception au droit commun; si le gérant n'était pas admis à la preuve testimoniale, personne ne voudrait faire les affaires d'un absent (3). Toute-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 812. Toullier, t. V, 1, p. 143, n° 141. Bourges, 10 décembre 1830 (Sirey, 1831, 2, 165).

(2) Comparez, en sens divers, Duranton, t. XIII, p. 392, n° 357; Larombière, t. V, n° 9 de l'article 1348 (Éd. B., t. III, p. 206).

(3) Boiceau, *De la preuve testimoniale*, chap. X, n° 3, p. 287.

fois, il ne faut pas établir comme principe que le gérant peut toujours prouver par témoins les faits qu'il allègue, parce que les termes de l'article 1348 sont absolus et ne comportent aucune distinction entre lui et le maître (1). Il y a une différence, et elle résulte du principe même établi par l'article 1348. Le maître est toujours dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale des faits de gestion, puisqu'il y reste étranger; tandis que le gérant peut très-bien et doit se procurer un écrit pour les faits juridiques où il intervient. Il vend : la plus simple prudence et les convenances l'obligent de se procurer une preuve littérale de la vente. S'il paye une dette, il doit retirer quittance. Il ne serait pas reçu à prouver par témoins la vente et le payement, car il a pu et dû s'en procurer une preuve littérale; il est donc dans le cas, non de l'exception, mais de la règle (2).

La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux. Dans l'espèce, il s'agissait d'avances et de déboursés faits par le gérant; la cour a décidé que le gérant ne pouvait pas les prouver par témoins, puisqu'il lui avait été très-facile de tirer des quittances de ceux à qui il avait fait des payements relatifs à son administration. Mais la cour va trop loin en concluant de là que le maître ne peut pas non plus prouver par témoins les recettes qu'il prétend avoir été faites par le gérant (3). Cela résulte, dit l'arrêt, de la règle des corrélatifs. Nous comprenons que si la position des deux parties était la même, elles devraient être soumises à la même règle en ce qui concerne la preuve de leurs droits et obligations; mais si le gérant peut et doit demander des quittances de ce qu'il débourse, comment veut-on que le maître se procure des quittances de ce que le gérant reçoit?

549. La gestion d'affaires se prouve par témoins, tandis que le mandat doit être prouvé par écrit. Cela n'est pas douteux quand le mandat est exprès; la loi le dit (art. 1985). Mais le mandat peut aussi être tacite, comme

(1) Larombière, t. V, n° 9 de l'article 1348 (Ed. B., t. III, p. 206).
(2) Mourlon, t. II, p. 847, n° 1610.
(3) Bruxelles, 13 janvier 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 12).

nous le dirons en traitant de la gestion d'affaires et du mandat. Applique-t-on à la preuve du mandat tacite le principe qui régit le mandat ou l'exception qui s'applique à la gestion d'affaires? En théorie, la solution n'est pas douteuse; la règle qui prohibe la preuve testimoniale s'applique à tous les faits juridiques, à *toutes choses*, dit l'article 1341, tandis que l'exception n'est applicable qu'aux quasi-contrats; or, le mandat tacite n'est pas un quasi-contrat, c'est un contrat; il est, par conséquent, soumis à la règle. Mais en fait il est très-difficile de distinguer le mandat tacite de la gestion d'affaires. La difficulté augmente par la mauvaise rédaction de l'article 1371 qui semble confondre la gestion d'affaires avec le mandat tacite. Nous expliquerons l'article 1371 au titre des *Quasi-contrats*. Pour le moment, nous exposerons la jurisprudence en ce qui concerne la preuve; il ne faut pas s'étonner si elle est confuse, puisque la confusion existe dans la loi.

550. Un père soutient que son fils, qui tenait les registres où étaient inscrits les travaux que le père faisait comme ouvrier couvreur, avait reçu différentes sommes qui lui étaient dues. Ces faits constituent-ils le quasi-contrat de gestion d'affaires, comme le dit la cour de Bourges? et y a-t-il lieu, par suite, à admettre la preuve testimoniale (1)? Cela nous paraît très-douteux. Le fils qui tient les registres du père le fait en vertu d'un pouvoir que le père lui donne; on ne peut pas même dire que ce mandat soit tacite, c'est plutôt un mandat verbal. Il en est de même des recettes que le fils fait pour le père, s'il les a faites de son consentement. Or, dès qu'il y a concours de volontés, pouvoir donné et reçu, il ne peut plus être question d'un quasi-contrat.

Les tribunaux admettent très-facilement un quasi-contrat de gestion d'affaires. Un fermier reconstruit le toit d'une grange sans même en avertir le bailleur; on lui donne action pour le remboursement de ses avances et on lui permet de faire la preuve des impenses par témoins;

(1) Bourges, 10 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4880, 1°).

l'arrêt assimile, dans ce cas, le fermier à un gérant d'affaires (1). Cela est très-douteux. Un contrat existe entre les parties; en vertu du bail, le preneur est tenu des réparations locatives, et le bailleur, des grosses réparations. Là où il y a des obligations contractuelles, il ne peut plus être question d'un quasi-contrat. Le fermier doit, en exécution du contrat, prévenir le bailleur et le sommer, au besoin, de faire les réparations qui sont à sa charge. Cela se fait par écrit, donc le fermier ne peut pas dire qu'il a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

551. La confusion est si grande que, tout en qualifiant le fait litigieux de gestion d'affaires, une cour appelle le gérant mandataire. Ayant encaissé des sommes pour le maître, il en doit rendre compte (2). Y avait-il lieu à la preuve testimoniale? Oui, si le fait était un quasi-contrat; non, si c'était un contrat; mais un seul et même fait ne saurait être tout ensemble un contrat et un quasi-contrat; s'il y a un gérant, il n'y a pas de mandataire, et s'il y a un mandataire, il n'y a point de gérant.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un notaire. Il est difficile d'admettre qu'un notaire soit un gérant d'affaires; ils sont mandataires des parties en ce qui concerne l'acte qu'ils sont chargés de rédiger; et il est assez naturel que si, en dehors de leur ministère, ils agissent au nom et dans l'intérêt des parties, ils le fassent en vertu d'un mandat exprès ou tacite. Il n'y aura de gestion d'affaires que dans le cas où il n'est intervenu aucun concours de consentement entre les parties, ni exprès ni tacite. Tel est le principe. La jurisprudence est indécise.

Un notaire s'interpose pour placer des fonds de son client. Est-ce gestion d'affaires ou mandat? Il a été jugé qu'il y avait gestion d'affaires dans l'espèce suivante. La cour de Douai constate en fait que le notaire, informé qu'un de ses clients avait des fonds disponibles, s'était spontanément interposé pour le placement de ces fonds, qu'il avait indiqué les emprunteurs en donnant à son client

(1) Douai, 23 mars 1842 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 557).
(2) Bourges, 6 août 1845 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4880, 1°).

l'assurance qu'ils étaient solvables. C'est par son intermédiaire que le prêt hypothécaire fut réalisé. La cour de cassation en conclut que le notaire s'était constitué lui-même le *mandataire* du prêteur et que l'arrêt attaqué avait pu admettre, sans preuve écrite, que le notaire avait volontairement *géré l'affaire* du prêteur (1). Voilà encore une fois les deux termes réunis : la cour appelle *mandataire* celui qui, d'après le dispositif, était un *gérant d'affaires*. A notre avis, il y avait mandat, et même mandat exprès. En effet, le notaire propose à son client de prêter ses fonds à un tel; le client accepte cette offre, puis le notaire réalise le prêt. Il y avait donc concours formel de volontés, donc contrat et, par suite, mandat et non gestion d'affaires. Qu'importe que le notaire ait pris l'initiative, qu'il ait offert un placement à son client? Tout ce qui en résulte, c'est que le notaire avait fait l'offre de se charger d'un mandat, tandis que d'ordinaire c'est le mandant qui fait cette offre; mais cela ne change rien à la nature du fait juridique (2).

Il est difficile de concevoir que, dans un placement de fonds fait avec le consentement du prêteur, il y ait un quasi-contrat. La cour de Metz l'a admis en se fondant sur ce que le prêteur, étranger au pays et ne connaissant pas l'emprunteur, s'en était rapporté au notaire sur la solidité du placement (3). N'est-ce pas confondre la responsabilité du notaire avec la question de savoir quelle est la nature du fait juridique et quelle est la preuve admissible? Avant de déclarer que le notaire est responsable, il faut prouver le fait juridique qui engendre la responsabilité : est-ce un mandat, la preuve doit se faire par écrit; est-ce une gestion d'affaires, la preuve se fera par témoins. Dans l'espèce, il y avait mandat bien exprès, puisque le notaire s'était chargé d'opérer pour le prêteur, et avec le consentement de celui-ci, le placement d'une somme importante. Cela est tout aussi certain au point de vue des principes qui régissent la preuve. Si la loi

(1) Rejet, chambre civile, 19 mars 1845 (Dalloz, 1845, 1, 186).
(2) Comparez Poitiers, 22 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 2, 91).
(3) Metz, 19 décembre 1855 (Dalloz, 1857, 5, 287).

admet la preuve testimoniale pour les quasi-contrats, c'est parce qu'il est impossible à la partie intéressée de se procurer une preuve littérale. Où était, dans l'espèce, cette impossibilité? Rien de plus facile pour le prêteur et pour le notaire qui se chargeait de négocier le prêt, que de dresser acte de leurs conventions. Donc on n'était ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1348.

552. La gestion d'affaires suppose certaines conditions, comme nous le dirons au titre des *Quasi-contrats*. Si l'une de ces conditions fait défaut, celui qui a géré l'affaire n'a plus l'action qui naît du quasi-contrat, action qui lui procure le même avantage que celle du mandat; mais il a encore l'action appelée *de in rem verso*, fondée sur l'équité, action en vertu de laquelle il peut réclamer ce dont le propriétaire s'est enrichi. Comment prouvera-t-il le fondement de son action, c'est-à-dire le fait de gestion et le profit qui en résulte pour le propriétaire? Bien qu'il n'y ait pas de quasi-contrat proprement dit, l'on doit appliquer par analogie les principes qui régissent la preuve des quasi-contrats : il a été impossible au demandeur de se procurer une preuve littérale, donc il est admis à la preuve par témoins (1).

2. DU PAYEMENT INDÛ.

553. Le code place le payement indû parmi les quasi-contrats (art. 1376-1381). Si l'on s'en tenait au texte de l'article 1348, n° 1, il en faudrait conclure que celui qui agit en répétition de l'indû peut prouver par témoins le payement qu'il a fait, quand même il excéderait la somme de 150 fr. Mais ici c'est le cas d'appliquer la règle d'interprétation que nous avons posée (n° 545) : il ne suffit pas, pour que la preuve testimoniale soit indéfiniment admissible, qu'il y ait quasi-contrat, il faut encore qu'à raison du quasi-contrat les parties intéressées aient été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale;

(1) Larombière, t. V, p. 142, n° 9 (Ed. B., t. III, p. 206). Rejet, 3 prairial an IX (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4885)

or, celui qui paye par erreur une dette dont il n'est pas débiteur ne se trouve certes pas dans l'impossibilité de prouver le payement par écrit; l'usage et la prudence lui commandent de retirer une quittance du payement qu'il fait. Dès lors il n'est ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1348 (1).

554. Aux termes de l'article 1377, celui qui par erreur se croyait débiteur et a payé la dette d'un tiers n'a pas d'action en répétition de l'indû contre le créancier, lorsque celui-ci a supprimé son titre par suite du payement, mais la loi lui donne un recours contre le véritable débiteur. On demande si celui qui exerce ce recours est admis à la preuve testimoniale. Il a deux choses à prouver, d'abord le fait du payement; sur ce point, il n'y a aucun doute, il reste sous l'empire du droit commun, comme nous venons de le dire; il devra donc produire la quittance du payement qu'il a fait. Ensuite il est tenu de prouver qu'il a payé la dette du tiers contre lequel il agit: cette preuve il peut la faire par témoins, car il n'a pas pu se procurer une preuve littérale d'une dette à laquelle il est étranger; et la preuve littérale qui existait, le créancier l'a détruite en supprimant son titre; il est donc dans le cas de l'exception prévue par l'article 1348 (2).

II. *Les délits et les quasi-délits.*

555. L'exception de l'article 1348 s'applique encore, d'après le n° 1, aux obligations qui naissent des délits et des quasi-délits. Au titre des *Engagements qui se forment sans convention,* nous dirons ce que le code entend par délit et par quasi-délit; l'article 1382 comprend les délits et les quasi-délits dans une même définition, en disant que c'est tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage; la conséquence du délit et du quasi-délit est aussi la même : celui par la faute duquel le dommage est arrivé est tenu de le réparer. Il y a cependant une

(1) Duranton, t. XIII, p. 393, n° 358, et tous les auteurs.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 462 et note 5, § 765. Larombière, t. V, p. 144 n° 13 (Ed. B., t. III, p. 207).

différence entre le délit et le quasi-délit : l'un suppose la volonté de nuire et l'autre ne suppose que la négligence ou l'imprudence. Au point de vue de la preuve, il n'y a pas de différence : le texte met sur la même ligne le délit et le quasi-délit, l'un et l'autre se prouvent indéfiniment par témoins et par une raison identique; il est impossible à la partie intéressée de se procurer une preuve littérale du délit : les délits ne se constatent pas par écrit, et les quasi-délits pas davantage.

556. Cela suppose qu'il s'agit d'un pur fait qui cause un dommage à autrui. Mais il y a des faits dommageables qui sont complexes, c'est-à-dire qui renferment plusieurs éléments : faut-il conclure de l'article 1348, n° 1, que tous ces éléments peuvent se prouver indistinctement par témoins? Non; quand le fait litigieux est complexe, celui qui l'allègue doit l'établir dans tous ses éléments et prouver, par conséquent, chacun de ces éléments en se conformant aux règles que la loi établit sur les preuves. Si donc il se rencontre dans un fait dommageable un élément contractuel, le demandeur devra prouver la convention par écrit, puis il sera reçu à prouver par témoins le fait dommageable, délit ou quasi-délit (1). Cela suppose que le fait litigieux comprend un élément contractuel. Il ne suffirait pas que le délit fût commis à l'occasion d'un contrat, lequel serait étranger au délit; dans ce cas, il y a lieu à l'application pure et simple de l'article 1348 (2).

L'article 408 du code pénal (de 1810) punit d'un emprisonnement et d'une amende celui qui détourne ou dissipe, au préjudice du propriétaire, des effets, deniers, billets, quittances ou tous autres écrits qui ne lui ont été remis qu'à titre de dépôt. J'agis en violation de dépôt, par action civile : serai-je admis à la preuve par témoins? Il faut distinguer. Il y a deux éléments dans le délit dont je demande la réparation. D'abord un dépôt, puis le détournement ou la dissipation des choses confiées au dépositaire. Le dépôt est un contrat et, comme tel, il doit être prouvé

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 462, § 765. Larombière, t. V, p. 156, n° 13 (Ed. B., t. III, p. 207).
(2) Rejet, chambre civile, 10 mars 1875 (Dalloz, 1875, 1, 280).

par écrit. Je dois donc prouver avant tout, et par écrit, l'existence du dépôt; c'est seulement quand le dépôt sera prouvé que je serai admis à prouver le détournement dont le dépositaire s'est rendu coupable. Vainement me prévaudrais-je de l'article 1348, n° 1, en disant que je demande à faire preuve d'un délit et que la loi m'admet à faire cette preuve par témoins. On me répondra que le délit, dans l'espèce, consiste dans une convention qui a été violée; avant de prouver que le dépôt a été violé, il faut que je prouve qu'il y avait un dépôt : tant que je n'aurai pas prouvé qu'il y a eu dépôt, je ne serai pas admis à prouver que le dépôt a été violé. Le bon sens dit qu'il ne saurait y avoir de violation de dépôt quand il n'y a point de dépôt; et le droit dit que le dépôt étant un contrat, doit être prouvé par écrit. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont en ce sens.

Il en est de même de l'abus d'un blanc seing. Aux termes de l'article 407 du code pénal (de 1810), « quiconque, abusant d'un blanc seing qui lui aura été confié, aura frauduleusement écrit au-dessus une obligation ou décharge, ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signataire sera puni des peines portées à l'article 405, » c'est-à-dire l'emprisonnement et l'amende. Comment se prouvera l'abus d'un blanc seing? C'est un délit : est-ce à dire qu'on sera admis à le prouver par témoins? Il y a deux éléments dans ce délit; il faut d'abord qu'un blanc seing ait été *confié* à une personne, puis qu'elle y ait écrit *frauduleusement* une convention autre que celle que les parties avaient en vue. Le premier élément n'est autre chose qu'un dépôt accompagné d'un mandat. Je *confie* le blanc seing : voilà la remise ou le dépôt. Dans quel but? Le dépositaire est chargé de le remplir: voilà le mandat. Il y a donc deux éléments conventionnels dans le délit dont je demande la réparation; or, le dépôt et le mandat doivent se prouver par écrit. C'est seulement quand cette preuve aura été faite que je

(1) Toullier, t. V, 1, p. 147, n°s 147 et 148, et tous les auteurs.
(2) Bruxelles, 3 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 288). Liége, 13 mars 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 56).

serai admis à prouver par témoins l'abus du blanc seing; car il est impossible qu'il y ait abus d'un blanc seing tant que la remise d'un blanc seing ne sera pas établie (1).

La jurisprudence des cours de Belgique est en sens contraire. On lit dans un arrêt de la chambre de cassation de Bruxelles que la remise d'un blanc seing est un fait pur et simple qui ne constitue aucune convention et qui, par conséquent, peut être établi par témoins (2). Nous avons répondu d'avance à l'objection. Un fait pur et simple est un fait matériel qui par lui-même ne produit ni droit ni obligation. Est-ce que la remise d'un blanc seing ne donne aucun droit à celui à qui il est confié? Il a le droit de le remplir en écrivant au-dessus de la signature la convention que les parties ont en vue. Est-ce que la remise d'un blanc seing ne produit aucune obligation? Celui qui signe en blanc et qui confie cette signature à un tiers est par cela même obligé d'exécuter l'obligation qui y est inscrite, et il reste obligé à l'égard des tiers alors même qu'il prouverait l'abus du blanc seing. Donc il s'agit d'un fait juridique et, par conséquent, ce fait ne peut être établi par la preuve testimoniale.

La cour de cassation de Belgique fait une autre objection. Elle dit que le blanc seing, par lui-même, aussi longtemps qu'il est à l'état de blanc seing n'a point de valeur supérieure à 150 fr., qu'il n'en a même aucune; d'où elle conclut que la preuve qu'un papier a été confié à une personne muni d'une signature en blanc constitue un fait susceptible d'être prouvé par témoins (3). Cela ne nous paraît pas sérieux. Le blanc seing implique une convention arrêtée entre celui qui a apposé sa signature et celui à qui il le remet; quelle est la valeur pécuniaire de cette convention? Est-elle nulle? Non, certes; elle est inconnue jusqu'à ce que le blanc seing soit rempli. C'est donc l'acte mis au-dessus de la signature qui déterminera

(1) Toullier, t. V, p. 150, n° 149, et tous les auteurs. La jurisprudence est conforme: Nancy, 8 février 1845 (Dalloz, 1845, 2, 70). Rejet, 3 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 145).

(2) Bruxelles, chambre de cassation, 15 juin 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 407). Comparez Gand, 15 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 195).

(3) Rejet, 2 juin 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 271).

le montant pécuniaire du fait, et c'est d'après cette somme ou cette valeur que l'on décidera si la preuve testimoniale est admissible ou si elle doit être rejetée.

Il en est de même de toute violation d'un mandat, c'est-à-dire de l'abus de confiance, terme général qui comprend tout abus qu'une personne fait d'un mandat ou d'un dépôt (1).

557. Nous avons supposé que l'action est portée devant les tribunaux civils. L'action en dommages-intérêts qui naît d'un délit peut aussi être portée devant les tribunaux criminels : y sera-t-elle soumise aux mêmes règles en ce qui concerne la preuve? Il existe, dans ce cas, des motifs de douter, qui ont parfois entraîné les cours à admettre la preuve testimoniale, sans distinction entre l'élément conventionnel du fait litigieux et l'élément criminel. A notre avis, ces doutes ne sont pas sérieux. Qu'importe devant quelle judiriction un fait doive être prouvé? Ce n'est pas la juridiction qui détermine le mode de preuve, c'est la nature du fait qu'il s'agit de prouver. Il est vrai que le droit commun est que les délits se prouvent par témoins. La raison en est bien simple, c'est qu'il n'y a pas d'autre preuve possible. Mais quand un délit est un fait complexe et que l'un des éléments de ce fait est un contrat, pourra-t-on prouver par témoins l'existence de ce contrat, parce que la preuve doit s'en faire devant un tribunal criminel? C'est demander si un contrat cesse d'être un contrat selon qu'il est allégué devant telle ou telle juridiction. La question n'a pas de sens. Et si le contrat reste ce qu'il est de son essence, y a-t-il une raison pour que la preuve s'en fasse par témoins en police correctionnelle, tandis que, devant les tribunaux civils, la preuve n'en peut se faire que par écrit? Cette question aussi n'a pas de sens. Le contrat est un fait civil, quelle que soit la juridiction devant laquelle on l'invoque. C'est donc d'après le code civil que la preuve en doit être administrée.

Il n'y a pas même à distinguer si c'est la partie civile ou si c'est le ministère public qui agit. Qu'importe, encore

(1) Bruxelles, 6 juillet 1867 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 180).

une fois, qui intente l'action? La preuve ne se règle pas d'après la qualité de celui qui agit, elle se règle d'après la nature du fait qu'il faut prouver. Est-ce un délit pur et simple? La preuve testimoniale est le droit commun. Y a-t-il une convention sans l'existence de laquelle le délit ne se conçoit point? Le ministère public devra en faire la preuve par écrit s'il s'agit d'un fait qui excède la somme de 150 fr., à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit. Vainement objecterait-on que la société est intéressée à ce que les délits soient réprimés et que, par suite, il faut admettre la preuve testimoniale sans distinction entre les divers éléments du délit. Sans doute, la société est intéressée à ce que les délits soient réprimés, mais elle est aussi intéressée à ce que la peine ne frappe que ceux dont la culpabilité est démontrée; et si le délit n'existe que dans le cas où l'existence d'une convention est prouvée, la société est intéressée à ce que la preuve se fasse par les voies que la loi civile admet; ces preuves sont aussi d'ordre public, ce sont les seules que la loi croie suffisantes pour établir le fait litigieux.

Ces principes sont universellement admis. Il y a des difficultés de détail dans lesquelles les limites de notre travail ne nous permettent point d'entrer. Pour la même raison nous laissons aussi de côté les variations de la jurisprudence en cette matière (1).

558. Nous avons supposé un élément conventionnel, c'est-à-dire une convention valable mêlée à un délit et précédant le fait dommageable. Que faut-il décider si cette convention est viciée par la fraude, en ce sens qu'elle n'a été contractée que par une manœuvre doleuse? C'est une des questions les plus délicates dans cette difficile matière. Il y a un principe qu'il ne faut jamais perdre de vue, le principe établi par l'article 1348, qui n'est qu'une exception à la règle de l'article 1341. La règle est que tout fait juridique doit être prouvé par écrit lorsque la

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 462, notes 9-12, § 765. Larombière, t. V, p. 157, n°s 24-26 (Ed. B., t. III, p. 213). Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4892. Il faut ajouter Cassation, 2 arrêts, 28 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 41 et 42).

chose excède la valeur de 150 francs. Cette règle reçoit une exception qui est elle-même un principe : quand la partie qui doit prouver un fait n'a pu s'en procurer une preuve littérale, elle est admise à le prouver indéfiniment par témoins. Le principe de l'article 1348 s'applique-t-il à la fraude? Nous dirons plus loin qu'il est de doctrine et de jurisprudence que la preuve testimoniale est admissible lorsqu'une convention est attaquée pour cause de fraude ou de dol; ce sont les expressions de l'article 1353, lequel permet, en ce cas, au juge de recourir à des presomptions que l'on appelle présomptions de l'homme. L'article 1353 suppose qu'une convention existe, qu'elle est prouvée; mais l'une des parties en demande la nullité pour cause de dol ou de fraude; elle peut faire la preuve par témoins des manœuvres doleuses, par application de l'article 1348; elle a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite du dol et de la fraude dont elle a été la victime en contractant. Notre hypothèse est tout autre. La partie qui a contracté prétend que c'est par des manœuvres frauduleuses qu'elle a été amenée à souscrire la convention, cette convention n'est pas prouvée par écrit : pourra-t-elle faire la preuve par témoins des faits de dol et de fraude dans le but de prouver la convention elle-même comme étant le résultat de ces manœuvres? A notre avis, non. Ce serait violer l'article 1341 et faire une fausse application de l'article 1348. Il existe une convention, elle est viciée par le dol. Il y a là deux faits distincts : le concours de volontés qui a formé la convention et le dol qui a vicié le consentement de l'une des parties contractantes; le premier, la convention, doit être prouvé par écrit en vertu de l'article 1341; le second, la fraude, peut être prouvé par témoins. Cela est aussi fondé en raison : la preuve par écrit est la règle, et la règle doit recevoir son application dans tous les cas où il a été possible de se procurer une preuve littérale; or, la fraude qui vicie le consentement n'empêche pas celui qui a contracté de dresser acte de la convention; donc celui qui a été victime de la fraude ne peut pas se prévaloir de la fraude pour prouver la convention par témoins; il doit

commencer par faire la preuve de la convention, et il ne peut la faire que par un écrit. C'est seulement quand la convention sera prouvée qu'il sera admis à la preuve testimoniale de la fraude qui a vicié son consentement et qui a rendu le contrat nul.

Appliquons ce principe à notre hypothèse. J'agis contre le dépositaire en violation du dépôt, ou je prétends que celui à qui j'ai remis un blanc seing en a abusé ; et je soutiens que c'est par des manœuvres frauduleuses que j'ai été amené à lui confier le dépôt ou à lui remettre le blanc seing. Le dépôt lui-même est contesté. Serai-je admis à l'établir par témoins, en prouvant les manœuvres frauduleuses qui m'ont amené à confier le dépôt à celui qui l'a violé ou qui en a abusé? Non, car ces manœuvres ne m'ont pas mis dans l'impossibilité de dresser un écrit du dépôt; donc je ne puis pas invoquer l'exception de l'article 1348, je suis sous l'empire de la règle établie par l'article 1341; il faut avant tout que je prouve par écrit le dépôt, après cela je pourrai prouver par témoins les faits de fraude et de dol, ainsi que la violation du dépôt ou l'abus du blanc seing (1).

Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens. La cour commence par rappeler le principe que nous avons posé : lorsqu'il s'agit d'un délit qui suppose l'existence d'un contrat, tel qu'un abus de dépôt, la preuve testimoniale du délit, c'est-à-dire de l'abus, n'est admise qu'après que le contrat de dépôt a été prouvé par écrit, conformément à l'article 1341, ou, s'il y a lieu, par témoins avec un commencement de preuve par écrit. Dans l'espèce, il s'agissait d'un abus de confiance en matière de dépôt; le dépôt lui-même avait été fait par suite de manœuvres frauduleuses; la cour de Montpellier en avait conclu que la preuve testimoniale était admissible pour prouver le dol et la fraude au moyen desquels on avait provoqué le dépôt et l'abus de confiance qui constituait le délit proprement dit. Cette décision a été cassée comme violant l'article 1341. En effet, l'arrêt attaqué avait admis la preuve

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 463, note 10, § 765.

par témoins d'un dépôt, tandis que l'article 1341 prohibe formellement la preuve testimoniale, même pour dépôt volontaire, en ce sens que le dépôt, comme toute convention, doit être prouvé par écrit. Vainement la cour de Montpellier invoque-t-elle l'exception de l'article 1348, l'exception concerne le délit et elle implique l'impossibilité où s'est trouvé le créancier de se procurer une preuve littérale; or, celui qui confie un dépôt à une personne, quand même il le ferait par suite de manœuvres frauduleuses employées pour obtenir ce dépôt, n'est pas dans l'impossibilité de dresser un écrit du dépôt, donc il n'est pas dans l'exception prévue par l'article 1348; les manœuvres qui l'ont engagé à faire le dépôt ne sont pas un délit, le délit n'a été commis qu'après que le dépôt avait été effectué. Malgré la fraude qui a amené le dépôt, le dépôt reste un contrat civil; donc ce contrat doit être prouvé d'après le droit commun, par écrit, ou par témoins s'il y a un commencement de preuve par écrit (1).

Il y a d'autres arrêts qui déclarent la preuve testimoniale admissible. Dans une espèce où il s'agissait également d'un abus de confiance en matière de dépôt, la cour de Toulouse a admis le demandeur à faire preuve du dépôt par témoins. L'arrêt est très-habilement motivé. Celui qui a employé les manœuvres frauduleuses pour se faire remettre les pièces dont il est devenu dépositaire avait déjà l'intention de dépouiller le déposant au moment où il lui a surpris le dépôt par dol et fraude; vainement le déposant aurait-il exigé un écrit, il ne l'aurait pas obtenu, car le dépositaire infidèle était décidé à nier la remise au moment où elle lui était faite. La chambre criminelle en conclut que le délit remontait au moment où le dépositaire a obtenu le dépôt par ses manœuvres; le dépôt et l'abus de confiance ne faisaient qu'un seul et même délit dont la preuve était, par conséquent, admissible par témoins. La cour ajoute que le déposant était dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite du

(1) Cassation, chambre criminelle, 20 avril 1844 (Dalloz, au mot *Abus de confiance*, n° 197).

dépôt, parce que la remise des valeurs n'avait pas été faite spontanément ni librement consentie (1). Ici est l'erreur, nous semble-t-il. Celui qui est trompé ne subit pas de violence, il consent librement; donc rien ne l'empêche de demander un écrit, il aurait dû le faire d'après l'article 1341; vainement dit-on que le dépositaire infidèle aurait refusé; ce refus même aurait ouvert les yeux au déposant et, de son côté, il aurait refusé de se dessaisir des valeurs qu'il confiait imprudemment à un fripon. Quant à dire que le délit remonte au moment du dépôt, cela n'est pas exact, le bon sens suffit pour repousser l'objection : peut-il y avoir une violation de dépôt tant qu'il n'y a pas de dépôt? Le dépôt, c'est-à-dire la convention, précède toujours le délit. Donc il reste vrai de dire qu'il y a deux faits distincts, le dépôt qui doit se prouver par écrit et l'abus du dépôt qui se prouve par témoins.

559. La chambre criminelle a maintenu cette jurisprudence dans des arrêts plus récents. Elle y pose en principe que l'exception de l'article 1348 s'applique au cas où soit le mandat, soit le dépôt n'ont pas été *volontaires*; il y a alors, dit la cour, impossibilité pour le créancier de se procurer une preuve littérale (2). Nous acceptons le principe, mais peut-on l'appliquer, comme le fait la cour, au cas où le mandat et le dépôt ont été déterminés par des moyens de fraude qui peuvent toujours être prouvés par écrit? C'est confondre le dol avec la violence; le dol ne détruit pas la liberté; celui qui est trompé reste libre de demander un écrit, sauf à l'autre partie à le refuser; et si, malgré ce refus, la partie trompée confie un dépôt ou un mandat, elle est coupable d'imprudence et elle en doit subir la conséquence. Nous trouvons une application de notre principe dans un arrêt de la cour de Colmar. Une femme mariée signe un blanc seing et le remet à son

(1) Toulouse, 25 février 1837, et Rejet, chambre criminelle, 27 mai 1837 (Dalloz, au mot *Abus de confiance*, n° 196). Comparez Rejet du 22 août 1840 (*ibid.*).
(2) Rejet, chambre criminelle, 29 avril 1864 (Dalloz, 1867, 5, 6). Comparez Rejet, 14 avril 1862 (Dalloz, 1862, 5, 3).

mari, qui en abuse. De là plainte en abus de blanc seing. La cour a admis la preuve testimoniale; dans l'espèce, la femme s'était d'abord refusée à donner la signature que son mari sollicitait; si elle finit par la donner, c'est sous la pression de menaces et par la crainte de mauvais traitements, crainte trop fondée, car la malheureuse fut obligée de demander la séparation de corps pour sévices et excès, et le mari subit de ce chef une condamnation correctionnelle. C'était bien le cas d'appliquer l'art. 1348 (1). Il n'en est pas de même des manœuvres frauduleuses; bien loin d'altérer la volonté, elles sont le mobile qui engage la partie trompée à contracter.

On dira, et l'objection est grave, que notre doctrine favorise la fraude aux dépens de la bonne foi de ceux qui, après tout, ne sont coupables que d'imprudence. Cela est très-vrai, mais cela n'autorise pas à admettre la preuve testimoniale dans un cas où la loi la prohibe. La jurisprudence qui l'admet présente d'autres inconvénients et prête à d'autres abus. C'est par des motifs d'ordre public que le code prohibe la preuve testimoniale; or, rien ne serait plus facile que d'éluder cette prohibition si l'on permettait de prouver par témoins les faits de fraude qui ont engagé une partie à contracter. Ce serait abroger l'article 1341, dit très-bien l'arrêt de cassation que nous avons rapporté (n° 558), du moins dans toutes les conventions auxquelles il se mêle des faits de dol et de fraude. Après tout, les lois sont impuissantes à protéger la bonne foi contre le dol. C'est à la bonne foi à user du droit que la loi lui donne; on doit refuser de traiter avec celui qui refuse de traiter par écrit.

560. Nous comprenons très-bien que la jurisprudence admette facilement l'exception de l'article 1348 quand il y a dol et fraude. Mais le devoir de la doctrine est de maintenir les principes, quand même la fraude en devrait profiter. Je me présente dans un bureau de poste pour expédier une somme de plus de 150 francs : le directeur (il s'agissait d'une directrice) fait semblant d'in-

(1) Colmar, 21 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 2, 219).

scrire le versement sur son registre et d'introduire un mandat sur la poste dans la lettre d'envoi ; l'expéditeur jette la lettre à la boîte, et immédiatement la lettre est supprimée. Plainte en abus de confiance contre le directeur et question de savoir si ces faits pouvaient être établis par témoins. La cour de Caen admit la preuve testimoniale. Pourvoi en cassation. Pour qu'il y ait abus de confiance, dit-on, il faut, avant tout, qu'il y ait dépôt. Le dépôt doit être prouvé par écrit et certes on ne dira pas que celui qui fait un dépôt à la poste a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale : pourquoi n'a-t-il pas demandé un récépissé comme il en avait le droit? La cour de cassation répond, comme l'avait fait l'arrêt attaqué, que si le déposant n'a pas exigé de reçu, c'est parce qu'il était persuadé que le versement était inscrit sur le registre et que de plus la preuve s'en trouvait dans le mandat qu'il croyait avoir été mis dans sa lettre; ces faits étant des manœuvres éminemment dolosives, il y a lieu d'appliquer l'exception de l'article 1348. La cour voit donc une impossibilité morale de se procurer une preuve par écrit dans ces manœuvres (1). Cela est plus subtil que vrai. En réalité, la bonne foi se trouvait aux prises avec la friponnerie; la loi donne un moyen au déposant de se mettre à l'abri de la fraude, c'est de demander un bulletin du dépôt; s'il n'use pas de son droit, il en doit subir les conséquences. Cette rigueur blesse le sens moral, mais n'oublions pas que la preuve testimoniale peut aussi devenir une arme dangereuse dans les mains des fripons : ne pourraient-ils pas, de complicité avec de faux témoins, alléguer un dépôt qui n'a jamais été fait? Quand de toutes parts il y a danger de fraude, le plus sûr est de s'en tenir à la loi.

561. Les principes que nous venons d'exposer ne reçoivent leur application que lorsque le délit implique l'existence d'une convention, laquelle doit être prouvée préalablement. De là suit que si un titre est communiqué simplement à un tiers sans qu'il y ait un contrat de dépôt

(1) Rejet, chambre criminelle, 12 novembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 150).

ou de mandat, et si le tiers, abusant de cette communication, le détruit, le fait de la destruction qui constitue un délit peut être prouvé par témoins, sans qu'il y ait lieu de prouver préalablement une convention qui n'a jamais existé.

Le lendemain de la mort d'une personne qui laissait un testament, son neveu par alliance se présente chez le dépositaire ; il demande qu'on lui donne connaissance des dernières volontés de son oncle et qu'on lui en délivre copie. Dès qu'il eut l'acte entre ses mains, il disparut en l'emportant ; poursuivi à l'instant même par la clameur publique, il mit le testament en pièces en répandant les débris sur son passage. Y avait-il dans le fait de la communication du testament un contrat de dépôt qui devait être prouvé par écrit? Non, dit la cour de cassation ; le dépositaire n'entendait pas se dessaisir de l'acte pour le confier à une autre personne ; il n'y avait pas de convention, c'était un simple fait par lequel le dépositaire s'était dessaisi momentanément ; ce fait même était un délit ; ici l'on pouvait dire que la destruction du titre se confondait avec le fait de la communication, car le coupable n'avait demandé communication du testament que pour le détruire. Dès lors la preuve testimoniale était admissible pour prouver que le dépositaire s'était dessaisi de l'acte et pour prouver la destruction (1).

Le même cas s'est présenté dans une espèce où un créancier avait simplement représenté au débiteur, son cousin germain, le titre de sa créance ; un tiers étant survenu, le débiteur mit l'acte en poche, puis nia effrontément l'enlèvement du billet et l'existence de la dette. Poursuivi en police correctionnelle, il prétendit que le plaignant devait, avant tout, prouver le fait de la remise du billet. La cour de Douai répond que le propriétaire du billet n'avait pas confié son titre au débiteur, qu'il n'avait pas consenti à lui en abandonner, même un instant, la possession, qu'il n'avait pas suivi sa foi, que le

(1) Rejet, 28 juin 1834, chambre criminelle (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4893, 1°). Comparez Rouen, 7 août 1824, et Rejet, chambre criminelle, 21 octobre 1824 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4900).

prétendu dépôt consistait en une simple communication faite sous la condition d'une restitution immédiate ; le débiteur s'était emparé du billet contre le gré du propriétaire, ce qui excluait toute idée de convention. C'était donc un simple fait délictueux, dont la preuve peut se faire par témoins (1).

A plus forte raison en est-il ainsi quand le créancier est attiré par fraude chez le débiteur, et que le débiteur demande communication du billet pour vérifier avec le créancier le compte des intérêts, sous la promesse d'acquitter immédiatement le capital et les intérêts. La cour de cassation a très-bien jugé qu'une pareille communication ne présente les caractères ni d'un mandat ni d'un dépôt, que c'est un simple fait matériel qui peut toujours être prouvé par témoins. Ce fait matériel constituait lui-même un délit, ou, si l'on veut, le commencement d'exécution du délit de destruction du titre. A tous égards donc la preuve testimoniale était admissible (2).

562. Quand il n'y a eu aucune remise de titre à celui qui l'a détruit, on rentre sous l'application pure et simple de l'article 1348; il s'agit de la preuve d'un délit, et les délits se prouvent toujours par témoins. Cependant la cour de cassation a jugé en sens contraire dans l'espèce suivante. Le débiteur, poursuivi par le créancier, prétend qu'il y a eu une contre-lettre qui subordonnait l'obligation à une condition, que la condition ne s'étant pas réalisée, il n'y avait point de dette ; il ajoute que cette contre-lettre lui a été frauduleusement soustraite, et il demande à prouver par témoins le fait de la soustraction. Il a été jugé que la preuve testimoniale n'était pas admissible. La cour de cassation dit qu'il ne peut y avoir de soustraction de contre-lettre s'il n'y a pas eu de contre-lettre ; elle en conclut qu'avant qu'il puisse être instruit par témoins sur un fait de soustraction de contre-lettre, il faut que

(1) Douai, 8 avril 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4893, 2°). Comparez Rejet, 15 mai 1834, chambre criminelle (Dalloz, au mot *Dépôt*, n° 141) ; et 14 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Abus de confiance*, n° 201).

(2) Rejet, chambre criminelle, 10 novembre 1871 (Dalloz, 1871, 1, 271).

l'existence de la contre-lettre soit établie (1). C'est confondre l'élément conventionnel avec le fait de possession. Quand on agit en violation de dépôt, il faut que l'on prouve d'abord qu'il y a un dépôt, car on ne peut pas abuser d'un dépôt qui n'a jamais existé, et le dépôt étant un contrat doit être prouvé par écrit. Mais quand je prétends que le créancier a soustrait une contre-lettre, j'allègue simplement un fait de possession; je possédais une contre-lettre, on me la vole; or, le fait de possession s'établit par témoins, parce que c'est un fait matériel. Qu'importe que le titre que l'on m'a volé contienne une convention? Ce n'est pas la convention qui est en cause, c'est l'acte qui la constate. Si on me vole une montre, dois-je prouver avant tout et par écrit que j'étais propriétaire de la montre? Non, certes. Eh bien, où est la différence entre une montre que l'on me vole et un titre que l'on me soustrait? La preuve testimoniale, dit-on, présente plus de danger dans la dernière hypothèse : admettre la preuve testimoniale de la soustraction d'une contre-lettre, ce serait admettre implicitement mais nécessairement la preuve testimoniale d'une convention, ce qui est prohibé par l'article 1341. N'en peut-on pas dire autant de la soustraction de toute valeur mobilière? La propriété doit aussi se prouver par titre quand il s'agit d'un droit; cependant la soustraction du titre peut se prouver par témoins; la jurisprudence est constante sur ce point, comme nous allons le dire : pourquoi en serait-il autrement de la soustraction d'une contre-lettre? Il faut toujours en revenir au principe dominant : le demandeur a-t-il pu se procurer une preuve littérale du fait litigieux? Le fait à prouver, c'est la soustraction; on ne dresse pas acte d'un délit. Sans doute, le délit se prouvant par témoins, je serai admis par cela même à prouver la convention qui était constatée par l'acte soustrait. Est-ce à dire que je viole l'article 1341? On ne peut pas me dire que j'aurais dû me procurer une preuve littérale;

(1) Cassation, 5 avril 1817, chambre criminelle (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4898).

ici se révèle l'erreur de la cour de cassation. Cette preuve littérale, je l'avais, j'en ai été dépouillé par un délit : je dois être admis à prouver ce délit. La loi elle-même le décide ainsi dans le cas de la perte du titre par suite d'un cas fortuit; en prouvant le cas fortuit qui a fait périr le titre, je suis admis à prouver par témoins l'existence et les clauses de la convention. Le délit est aussi un cas fortuit, je dois donc être admis à prouver par témoins le fait de la soustraction du titre. C'est l'opinion générale des auteurs, sauf le dissentiment de Mangin (1).

563. La jurisprudence est constante en ce sens. Nous nous bornons à citer les arrêts de la cour de cassation. Un débiteur est accusé d'avoir soustrait deux titres qu'il avait souscrits au profit de son créancier; le premier juge refusa d'admettre la preuve testimoniale; la cour de cassation décida que la soustraction furtive d'un titre ne différait en rien de la soustraction furtive de tout autre objet (2).

Un expert-priseur appelé à un inventaire soustrait une quittance qu'il avait donnée au défunt. Les héritiers poursuivis demandent à prouver par témoins le fait de la soustraction. On objecta que ce serait prouver par témoins contre l'acte qui constatait la créance. La cour de cassation répond que le débiteur avait retiré une quittance, et que s'il ne la produisait pas, c'est qu'il en avait été dépouillé par un délit; il pouvait, par conséquent, invoquer l'article 1348 (3).

Un titre confié à un tiers est remis par celui-ci au débiteur, qui le supprime. Les héritiers du créancier demandent à faire preuve de la soustraction. On leur oppose qu'ils doivent d'abord prouver par écrit le fait de la remise, parce que la remise constituait une convention. La cour de cassation décida que cette convention

(1) Toullier, t. V, 1, p. 156, n° 156 Aubry et Rau, t. VI, p. 471, note 37, et les auteurs qu'ils citent; Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4899.

(2) Rejet, 17 germinal an XIII, section criminelle (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4899, 1°).

(3) Rejet, 4 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4899, 5°). Comparez Cassation, 16 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4619. 3°).

ne pouvait être opposée au propriétaire du titre qui n'y était pas intervenu ; à son égard il n'y avait donc pas de convention, c'était un simple délit, lequel pouvait être prouvé indéfiniment par témoins (1).

Dans une autre espèce, le débiteur prétendait que remise lui avait été faite de la dette, et il invoquait le titre dont il était en possession ; le créancier soutint que le titre lui avait été enlevé frauduleusement par le débiteur, ce qui excluait l'application de l'article 1282. La cour de cassation jugea que le créancier pouvait prouver par témoins le fait de la soustraction du titre. Elle assimile le délit de soustraction à un cas de force majeure qui, d'après le n° 4 de l'article 1348, rend la preuve testimoniale admissible (2). Nous expliquerons plus loin cette disposition.

Les nombreux arrêts intervenus en cette matière prouvent que les principes ne sont pas bien connus ; on confond la soustraction d'un titre constatant la convention avec la convention, qui devrait être prouvée pour qu'il y eût abus de confiance. Il n'y a pas d'abus de confiance dans le délit de soustraction, il n'y a pas de convention à prouver préalablement. La cour de cassation établit nettement la distinction : « A la différence du cas où la preuve du délit est subordonnée à celle de la préexistence d'un contrat, il suffit, pour constituer le délit de vol, d'établir la *possession* antérieure de l'objet enlevé dans les mains du tiers qui s'en prétend dépouillé, sans qu'il soit nécessaire de remonter à l'origine ou de déterminer les caractères de cette possession (3). »

Le détournement de valeurs par un héritier au préjudice de ses cohéritiers est devenu malheureusement un fait fréquent depuis que les fortunes se mobilisent. On invoque toutes sortes de mauvaises raisons pour justifier

(1) Rejet, chambre criminelle, 2 avril 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4899, 7°).
(2) Rejet, 18 novembre 1844 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4902).
(3) Rejet, 30 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 1, 127). Comparez Rejet, 10 novembre 1855 (Dalloz, 1863, 5, 300); 25 septembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 417); Gand, 10 décembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 293); 19 mai 1873 (*ibid.*, 1873, 2, 337).

cette spoliation. En fait de meubles, la possession vaut titre, dit-on. Oui, mais au profit du possesseur de bonne foi, et non au profit de celui qui possède en vertu d'un délit ou d'un dépôt qui l'oblige à restituer la chose qu'il détient. On objecte que c'est un don manuel. La réponse est simple et péremptoire : le don manuel est une convention; qu'on le prouve! L'indivisibilité de l'aveu vient encore en aide à la mauvaise foi; nous y reviendrons. Quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale pour établir le fait du détournement, il ne saurait y avoir un doute : c'est un délit civil, donc l'article 1348 est applicable (1).

564. Il faut ajouter une réserve que nous avons faite d'avance. Si les délits peuvent se prouver par témoins, c'est quand aucun élément conventionnel ne s'y mêle, c'est-à-dire quand il a été impossible au demandeur de se procurer une preuve littérale du fait allégué. Dès qu'il y a un élément conventionnel, dont on a pu et dû se procurer une preuve littérale, on n'est plus dans le cas de l'exception de l'article 1348, on rentre dans la règle de l'article 1341. Une contre-lettre est détruite frauduleusement : cela suffit-il pour que la preuve testimoniale soit admise? Il faut voir comment l'auteur du délit a acquis la possession du titre : est-ce par une voie de fait, ou par fraude, on applique les principes que la jurisprudence a consacrés, la preuve testimoniale est autorisée par l'article 1348. Mais si la remise de la contre-lettre a été faite volontairement, par un concours de consentement des parties intéressées, on n'est plus dans l'exception, on rentre dans la règle de l'article 1341 : celui qui a fait la remise de la contre-lettre a pu et dû s'en procurer une preuve littérale (2).

565. Les principes qui régissent les délits s'appliquent aussi aux quasi-délits. On confond souvent, dans la pratique, le quasi-délit avec le délit. Dans la matière des preuves, cela est indifférent, puisque les principes sont

(1) Nancy, 20 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 2, 142).
(2) Cassation, chambre criminelle, 23 septembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 45).

identiques. Tout fait dommageable peut se prouver par témoins quand il ne s'y mêle aucun élément conventionnel. La faute qu'un notaire ou tout autre officier public commet dans l'exercice de ses fonctions est un quasi-délit, quand il n'y a aucun dol à reprocher à l'auteur du dommage. De là suit que la faute peut être établie par témoins et par présomptions (1). Il en est de même du tuteur qui ne fait pas inventaire (2). En matière de communauté, la loi admet même la preuve par commune renommée contre l'époux, obligé de faire inventaire, qui n'a pas rempli cette obligation (art. 1442), comme nous le dirons au titre du *Contrat de mariage*.

On qualifie parfois de quasi-délit le fait d'un héritier d'avoir détourné des effets mobiliers; peu importe au point de vue de la preuve; il est certain que les parties intéressées sont admises à prouver par témoins le divertissement commis à leur préjudice. Mais il a été jugé avec raison que la preuve par commune renommée n'est pas admissible dans ce cas; c'est une preuve exorbitante du droit commun, que les juges ne peuvent admettre que dans les cas où la loi l'autorise (3).

Les quasi-délits se commettent souvent à l'occasion d'une convention. Si la convention est prouvée, les faits de dol et de fraude, et même de simple faute, peuvent être établis par témoins, comme nous le dirons plus loin. Mais si l'existence de la convention est contestée, la preuve doit s'en faire par écrit : c'est le droit commun.

Un notaire dresse acte de vente d'un immeuble; il le fait transcrire sans prendre de certificat d'inscription. L'acquéreur, évincé par un créancier hypothécaire, poursuit le notaire comme mandataire. Il y avait mandat virtuel, selon lui, du moment qu'il faisait transcrire, et il était responsable de la faute qu'il avait commise dans l'exécution de ce mandat. La cour de cassation décida que le mandat étant un contrat devait être prouvé par écrit; or, dans l'espèce, aucun écrit n'était produit, et la

(1) Caen, 6 août 1829 (Dalloz, au mot *Responsabilité*, n° 317, 3°).
(2) Rennes, 11 décembre 1817 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4738, 3°).
(3) Liége, 9 juin 1853 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 27).

cour d'appel avait déclaré que le notaire, comme tel, avait rempli toutes ses obligations (1).

Les déclarations de command doivent être faites dans les vingt-quatre heures sous peine de nullité. On prétend qu'une déclaration de command faite le 24 n'a été enregistrée que le 25, et on demande à faire preuve de cette faute par témoins, en s'appuyant sur l'article 1348. Il a été jugé que la preuve testimoniale était inadmissible. Pour qu'il y ait faute ou quasi-délit de la part du receveur, il faut qu'il soit prouvé que la déclaration de command lui a été faite dans les vingt-quatre heures; or, c'est là un fait juridique, un élément conventionnel qui ne peut être établi par témoins. La preuve en est dans la loi du 22 frimaire an VII, qui veut (art. 68, § 24) que la déclaration soit *notifiée* au receveur de l'enregistrement dans les vingt-quatre heures; telle est la forme, et elle implique un écrit; l'adjudicataire ne pouvait donc pas dire qu'il ne lui avait pas été possible de se procurer une preuve littérale du fait allégué, et c'est toujours à ce principe qu'il en faut revenir (2). L'arrêt de la cour de cassation est assez mal rédigé. Pour écarter l'application de l'article 1348, elle pose en principe que la preuve testimoniale, en matière de délit ou de quasi-délit, est seulement admissible lorsque le fait qualifié délit ou quasi-délit est prouvé ou reconnu et qu'il ne s'agit plus que d'en rechercher les conséquences et d'apprécier les dommages-intérêts qui en peuvent résulter; la cour ajoute qu'entendre autrement l'admissibilité de la preuve testimoniale, ce serait porter atteinte au principe fondamental de l'article 1341, qui prohibe cette preuve quand la chose excède la somme ou la valeur de 150 fr. L'erreur de la cour nous paraît évidente; l'article 1348 déroge à l'article 1341, et la dérogation porte précisément sur la preuve du délit ou du quasi-délit, c'est-à-dire, avant tout, sur l'existence du fait dommageable et ensuite sur les conséquences qui en résultent, c'est-à-dire l'étendue des dommages et intérêts.

(1) Rejet, 2 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 208)
(2) Rejet, chambre civile, 23 décembre 1835.

Il règne une singulière négligence de rédaction dans la jurisprudence qui concerne les quasi-délits et les délits. Un père cède à sa fille, en guise de dot, l'exploitation de la ferme qu'il occupe. Les enfants s'engagent, par acte sous seing privé, à loger et à entretenir leurs père et mère, ou à payer à chacun d'eux une rente viagère de 100 fr. Procès entre le père et les enfants. L'acte sous seing privé n'est pas produit ; le père prétend que ses enfants se sont emparés, pendant son absence et malgré lui, du double qui lui appartenait, et il demande à en faire preuve par témoins. Il a été jugé que ces faits constituent un quasi-délit (1). Il y avait plus que quasi-délit, il y avait délit criminel, puisque le père accusait ses enfants d'avoir soustrait le titre qui lui appartenait. La preuve testimoniale était admissible sans doute aucun.

III. *Dépôts nécessaires.*

566. L'exception de l'article 1348 s'applique, en second lieu, aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. A quels cas s'applique le n° 2 de l'article 1348? Le code cite les cas d'incendie, de ruine, de tumulte et de naufrage à titre d'exemples ; ce sont les cas les plus usuels, mais la loi n'a rien de restrictif, elle s'applique à tous les accidents imprévus : telle serait l'invasion inattendue de l'ennemi. Nous disons inattendue, car si le déposant pouvait prévoir l'accident, il ne peut plus invoquer l'exception de l'article 1348, il était libre de choisir le dépositaire et de demander une preuve écrite. C'est toujours là le caractère distinctif de toutes les exceptions prévues par l'article 1348 : l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Un entrepreneur de travaux doit à un boulanger une somme de 5,500 fr. ; son gendre se présente au domicile du créancier, porteur de six sacs d'écus formant ladite somme ; ne le trouvant pas chez lui, il prie la femme du boulanger de mettre les sacs dans

(1) Bruxelles, 21 novembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856. 2. 229).

l'armoire jusqu'au retour du mari. Des difficultés s'élèvent entre les parties sur la somme remise. Le débiteur prétend qu'il s'agit d'un dépôt nécessaire, en ce sens qu'il ne pouvait s'en procurer une preuve littérale, soit parce que l'argent n'appartenait pas au déposant, soit parce que la femme dépositaire ne pouvait s'obliger sans autorisation de son mari. Mauvaises raisons que l'on ne devrait pas proposer en justice et que la cour de cassation rejeta (1). Le code a une section sur le dépôt nécessaire; c'est celui, dit l'article 1949, qui a été *forcé* par quelque *accident*, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage, ou autre événement *imprévu*; et c'est à raison du caractère imprévu du fait qui oblige une personne à remettre au premier venu des effets qu'elle veut sauver, que la loi a admis la preuve testimoniale, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de 150 fr. (2).

Celui qui demande à faire preuve par témoins d'un dépôt nécessaire doit prouver que le dépôt est nécessaire, c'est-à-dire l'*accident imprévu* qui l'a *forcé* à déposer précipitamment les objets qu'il voulait sauver de la perte qui le menaçait. Il doit encore prouver que le dépôt était *nécessaire*, c'est-à-dire que c'était le seul moyen de sauver les effets qu'il aurait perdus s'il ne les avait pas déposés; enfin le dépôt lui-même doit être prouvé, cela va sans dire. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'une exception à une prohibition d'ordre public; or, celui qui allègue une exception doit la prouver dans tous ses éléments; dès que l'un des éléments du dépôt nécessaire fait défaut, on n'est plus dans l'exception, on rentre dans la règle qui prohibe la preuve testimoniale, même pour dépôt volontaire (art. 1341) (3).

567. L'article 1348, n° 2, assimile aux dépôts nécessaires ceux faits par les voyageurs logeant dans une hôtellerie. On ne dresse pas d'écrit de ces dépôts, dit Pothier; l'hôtelier n'aurait pas le loisir de faire inventaire de toutes les choses que lui confient les voyageurs qui

(1) Rejet, chambre criminelle, 12 août 1848 (Dalloz, 1848, 5, 99).
(2) Toullier, t. V, 1, p. 189, n° 194.
(3) Duranton, t. XIII, p. 395, n° 364.

arrivent tous les jours et à tous moments chez lui (1). Cette disposition est très-importante, car elle marque le sens qu'il faut attacher au mot *impossibilité* dont la loi se sert en établissant le principe. On ne peut pas dire que le voyageur soit dans l'impossibilité absolue de se procurer une preuve littérale du dépôt de ses effets; si, comme le dit Pothier, l'hôte n'a pas le loisir de dresser acte de tous les dépôts qui se font chez lui, il n'a qu'à établir un bureau, en chargeant un commis de constater les dépôts que font les voyageurs. Pourquoi donc, malgré la possibilité physique, la loi considère-t-elle les parties comme se trouvant dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale? C'est qu'elle se contente d'une impossibilité morale : si elle avait exigé un écrit pour chaque dépôt fait par un voyageur, il en serait résulté des frais que les voyageurs, en définitive, auraient dû supporter et, outre les frais, des embarras et des ennuis; en facilitant la preuve, la loi facilite les voyages et favorise, par conséquent, les hôteliers eux-mêmes. Le principe est donc que l'impossibilité morale suffit pour que la preuve testimoniale soit admissible (2).

Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait lieu à cette exception? Les voyageurs seuls peuvent l'invoquer, ce qui implique, comme la loi le dit, qu'ils logent dans l'hôtellerie : ceux qui ne logent pas doivent eux-mêmes garder leurs effets, on ne peut pas dire qu'ils les confient à l'hôtelier. A qui les voyageurs doivent-ils remettre leurs effets? L'ordonnance de 1667 semblait exiger (titre XX, art. 4) que le dépôt fût fait « entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse »; on en pouvait conclure que le dépôt remis aux gens de service ne tombait pas sous le texte de la loi; d'après le code, il suffit que les effets des voyageurs soient déposés dans l'hôtellerie, peu importe à qui ils ont été remis. Cela est rationnel; l'hôtelier ne peut pas plus recevoir personnellement tous les effets, qu'il ne peut en donner un reçu; les gens de la maison sont ses préposés, à cet égard; il est censé recevoir ce

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 814.
(2) Toullier, t. V, 1, p. 195, n° 203

qui leur est remis (1). Enfin, il faut que les effets soient déposés dans une hôtellerie; s'ils l'étaient dans une maison particulière, ce serait un dépôt volontaire, et la preuve n'en serait reçue que par écrit (2).

568. L'article 1348, n° 2, ajoute : « Le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. » Quel est le sens de cette restriction? Le juge doit prendre en considération les circonstances du fait pour décider s'il y a ou non dépôt nécessaire. Et alors même que le dépôt aurait été fait dans un *accident imprévu*, il faut encore que ce dépôt soit *forcé*, comme nous l'avons dit (n° 566). C'est l'application du principe tel qu'il est formulé par la loi : l'exception n'existe que si le déposant s'est trouvé dans l'*impossibilité* de se procurer une preuve littérale; dès qu'il lui a été possible de dresser acte, la preuve testimoniale n'est plus admise. Seulement l'impossibilité ne doit pas être absolue, il suffit qu'elle soit morale : le juge doit tenir compte du trouble et de la frayeur que les accidents terribles d'un incendie, d'un naufrage, d'une sédition jettent dans les esprits. Il a encore, sous un autre rapport, un pouvoir d'appréciation : il doit considérer la qualité des personnes, dit la loi. On lit dans le rapport du tribun Jaubert : « L'expérience a appris que si un homme incendié pouvait être la victime de ceux qui, sous le voile de l'humanité, ont paru vouloir lui porter secours, que si un voyageur a quelquefois éprouvé des infidélités de la part d'un hôte, il est arrivé aussi et que l'homme incendié et que le voyageur ont voulu abuser du secours de la loi pour s'enrichir aux dépens d'autrui. Si un homme notoirement pauvre prétend avoir déposé dans un incendie des choses précieuses, le juge pourra ne pas l'admettre à la preuve testimoniale s'il a la conviction que le prétendu dépôt servirait à couvrir une spoliation (3).

(1) Larombière, t. V, p. 168, n°s 30 et 31 (Ed. B., t. III, p. 217). Toullier, t. V, 1, p. 194, n° 202.

(2) Il a été jugé que l'article 1348 s'applique aux dépôts faits dans une maison publique. Aix, 20 juin 1867 (Dalloz, 1867, 5, 332)

(3) Toullier, t. V, 1, p. 196, n° 203. Duranton, t. XIII, p. 396, n° 394. Larombière, t. V, p. 169, n° 32 (Ed. B., t. III, p. 217).

569. L'exception de l'article 1348 s'applique-t-elle au dépôt d'objets destinés à être transportés? La négative est certaine, elle résulte de la règle qui régit les exceptions; elles sont d'interprétation rigoureuse; or, le texte ne prévoit que le dépôt des voyageurs logeant dans une hôtellerie; cela est décisif. On objecte l'article 1782, aux termes duquel les voituriers sont assujettis, pour la conservation et la garde des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes. La réponse est que l'assimilation ne concerne pas la preuve du dépôt, donc l'article 1782 doit être écarté.

Mais si la preuve testimoniale n'est pas admissible d'après le droit civil, elle l'est en vertu du droit commercial. Le contrat de transport est un contrat commercial, et en matière de commerce la preuve testimoniale est indéfiniment admissible. Il y a cependant un motif de douter. Les entrepreneurs de transport sont obligés de tenir registre des effets qui leur sont confiés; les déposants ont donc un moyen légal de se procurer une preuve par écrit, dès lors on ne peut pas dire qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. L'objection serait décisive si la question pouvait se décider par les principes du droit civil. Mais pour les contrats commerciaux, la règle est toute contraire; la preuve testimoniale est admise en principe, il faudrait donc une disposition exceptionnelle pour la rejeter; or, les articles 96 du code de commerce et 1985 du code civil, qui obligent les entrepreneurs de transport de tenir registre et d'y inscrire les dépôts qu'ils reçoivent, ne dérogent pas au droit qu'a le déposant de prouver par témoins la remise qu'il leur fait. Cela est aussi fondé en raison. La négligence des entrepreneurs de roulage ne peut pas enlever au déposant un droit qu'il tient de la loi (1).

(1) Gand, 31 mai 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 140). Marcadé, t. V, p. 157, n° VII de l'article 1348. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 617, n° 323 *bis* II.

IV. *Article* 1348, *n°* 3.

570. Le n° 3 de l'article 1348 applique l'exception aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. Il faut d'abord que l'obligation soit contractée dans un accident imprévu et il faut de plus que l'accident soit de telle nature qu'il ait été impossible de faire des actes par écrit. La jurisprudence n'offre pas d'application de cette disposition. Duranton donne l'exemple suivant. Une personne poursuivie pour crime et qui veut se soustraire aux poursuites de la justice emprunte, au moment où elle prend la fuite, une somme de 1,000 francs; la preuve testimoniale du prêt sera admise sous les conditions déterminées par la loi (1).

V. *Perte du titre.*

571. L'exception de l'article 1348 s'applique enfin « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. » Il y a impossibilité de prouver le fait allégué par écrit, puisque la preuve écrite a disparu par un cas fortuit. La loi a dû permettre au créancier de prouver sa créance par témoins, à raison de l'impossibilité où il se trouve de produire l'écrit qui avait été dressé. Que doit-il prouver?

Il faut d'abord que le créancier prouve qu'il a perdu son titre par un *cas fortuit*, la loi ajoute *imprévu* et *résultant d'une force majeure;* elle accumule les expressions qui marquent tout ensemble l'impossibilité où le créancier se trouve de produire un acte écrit et l'absence de toute faute de sa part. Pothier signale le danger que le législateur a voulu prévenir. Dans l'incendie ou le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers, parmi les-

(1) Duranton, t. XIII, p. 399, n° 367. Larombière, t. V, p. 172, n° 39 (Ed. B., t. III, p. 218).

quels étaient des billets de mes débiteurs; à quelque somme que montent ces billets, je dois être admis à la preuve par témoins de ce qui m'est dû, parce que c'est par un cas imprévu et sans ma faute que j'ai perdu les titres qui formaient la preuve littérale de ma créance. Mais pour que le juge puisse admettre cette preuve, il faut que le cas fortuit qui a donné lieu à la perte du titre soit constant. Si celui qui demande à être reçu à la preuve testimoniale allègue simplement qu'il a perdu ses titres, sans qu'il y ait aucun fait de force majeure constaté par lequel il les a perdus, il ne sera pas admis à la preuve par témoins de sa créance. Autrement l'ordonnance qui défend la preuve testimoniale pour prévenir la subornation des témoins deviendrait illusoire, car il ne serait pas plus difficile à celui qui voudrait faire la preuve par témoins de quelque prêt de suborner des témoins qui diraient qu'ils ont vu le titre entre ses mains que d'en suborner qui diraient qu'ils ont vu compter l'argent (1).

S'il n'y a pas de cas fortuit, imprévu, résultant d'une force majeure, l'article 1348 n'est plus applicable. C'est ce que la cour de cassation a jugé sur les conclusions de Merlin. En 1782, une métairie est vendue avec clause de rachat. Quand le vendeur veut user de la clause, l'acquéreur lui oppose qu'il a renoncé au droit de réméré; il prétend qu'il existait un écrit sous seing privé constatant la renonciation. Le tribunal d'appel l'admet à prouver par témoins que cet écrit avait été vu par plusieurs personnes et qu'il s'était égaré dans les mains d'un ci-devant seigneur, auquel il avait été envoyé pour investir l'acheteur. Sur le pourvoi, la décision fut cassée par le motif que la renonciation aurait dû être prouvée par écrit. Le tribunal auquel l'affaire fut renvoyée jugea comme le premier juge, en invoquant l'exception qui a été consacrée par l'article 1348, n° 4, et qui était aussi admise dans l'ancienne jurisprudence. Nouveau pourvoi porté devant les chambres réunies. L'exception que l'acheteur invoquait,

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 815. Toullier, t. V. 1, p. 200, nos 207 et 208.

dit la cour, suppose que l'écrit a été perdu par l'effet d'une force majeure, et, dans l'espèce, la preuve testimoniale avait été admise sans que l'on eût même allégué aucun cas fortuit qui eût occasionné la perte de l'acte. Avec une pareille jurisprudence, dit la cour, la prohibition de la preuve testimoniale serait sans cesse éludée : au moyen de deux témoins qui déposeraient avoir vu un prétendu écrit privé dont il ne serait même plus possible de vérifier l'écriture, les conventions les plus importantes et les plus authentiques seraient facilement anéanties (1).

572. Quand y a-t-il cas fortuit? Le cas fortuit est un fait, soit de la nature, soit de l'homme par lequel l'acte est détruit, sans que le créancier ait pu prévoir la destruction, ni l'empêcher; car la loi dit : « *Imprévu* et résultant d'une *force majeure.* » Il a été jugé que la loi peut être un cas fortuit dans le sens de l'article 1348. Le décret du 17 juillet 1793 ordonne que tous les titres féodaux seront livrés aux flammes; on est admis à prouver par témoins que la minute d'un acte a été brûlée en exécution de ce décret (2). En effet, la destruction ordonnée par la loi met les parties intéressées dans l'impossibilité de produire l'écrit; bien loin de pouvoir l'empêcher, elles étaient obligées d'obéir et de souffrir que l'acte fût livrée aux flammes. Vainement dirait-on que la destruction était prévue et que les parties auraient pu se procurer une preuve littérale du contenu en l'acte, car ce nouvel écrit, étant aussi entaché de féodalité, aurait également dû être détruit.

La question de savoir quand il y a cas fortuit est un point de fait. Nous avons dit plus haut que la jurisprudence applique le n° 4 de l'article 1348 au cas où le titre a été détruit par l'effet d'un délit. Le fait d'un tiers que la partie intéressée n'a pas pu empêcher a toujours été considéré comme un cas fortuit, à plus forte raison en doit-il être ainsi quand ce fait est un délit.

On demande si la perte du titre qui a été égaré suffit

(1) Cassation, 7 ventôse an XI (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4919, 1°). Comparez Orléans, 13 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 2, 5).
(2) Montpellier, 1er décembre 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4928).

pour que la preuve testimoniale soit admissible. En général celui qui perd une chose est coupable de négligence, avec plus de soins il aurait donc pu prévenir la perte, ce qui exclut l'application de la loi; il n'y a pas de cas fortuit, imprévu, résultant d'un cas de force majeure. Mais il se peut aussi que le titre s'égare par le fait d'un tiers, sans qu'il y ait aucune faute à reprocher au créancier; dans ce cas, l'article 1348 sera applicable. La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que si un titre se perd par suite du déplacement des archives d'un greffe, la preuve testimoniale n'est pas admissible; il ne faut pas prendre cet arrêt comme une décision générale, c'est une décision d'espèce qui se justifie par les circonstances du fait (1). Dans une autre espèce, il a été jugé qu'il y avait cas fortuit. Un titre est déposé, en première instance, sur le bureau du président par ordonnance du tribunal et pour les nécessités du délibéré. Le titre s'égare. La partie qui a fait le dépôt était obligée de le faire, et après le dépôt elle n'avait plus aucun moyen de veiller à la conservation du titre; s'il s'égarait, c'était par le fait des magistrats ou du greffier, en tout cas par le fait d'un tiers, sans qu'il y eût aucune faute à reprocher à la partie intéressée. La cour de Pau a donc bien jugé en décidant que la preuve testimoniale était admissible (2).

Dès qu'il y a une négligence à reprocher à celui qui demande à faire preuve par témoins de la perte du titre, l'article 1348 n'est plus applicable; car la négligence exclut la force majeure; y eût-il même un cas fortuit, il cesse d'être un cas de force majeure s'il a été amené par la faute de la partie intéressée. Un testament olographe est présenté au président du tribunal, copie en est faite sur les registres du greffe et il est transcrit par le receveur de l'enregistrement; l'acte disparaît. Les légataires demandent à faire preuve par témoins du testament; il a été jugé que l'article 1348 était inapplicable La cour admet qu'il était très-vraisemblable qu'un testament avait existé;

(1) Riom, 28 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 651). Comparez la critique d'Aubry et Rau, t. VI, p. 470, note 36, § 765.
(2) Pau, 12 juin 1858 (Dalloz, 1858, 1, 194).

mais les dépositaires de l'acte devaient s'imputer la négligence qu'ils avaient mise à le conserver; ils n'alléguaient aucun cas fortuit qui eût fait périr le testament. Dans des circonstances pareilles, l'admission de la preuve testimoniale serait très-dangereuse; il suffirait de présenter au président ou au receveur de l'enregistrement un testament supposé, que l'on supprimerait ensuite pour rendre impossible la vérification de l'écriture : le repos et la sûreté des familles seraient ébranlés par une pareille jurisprudence (1).

573. La preuve d'un cas fortuit ne suffit point; l'article 1348 dit que l'exception s'applique au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par une force majeure. Il doit donc prouver aussi qu'il possédait un titre constatant sa créance et que ce titre a été détruit par un cas fortuit. Cela résulte du texte. Cette preuve, si elle devait se faire rigoureusement, serait souvent impossible. Un incendie éclate, il consume tous les papiers du propriétaire : celui-ci prétend que parmi ses papiers se trouvait le titre de la créance qu'il demande à prouver par écrit. Faudra-t-il que les témoins déclarent qu'ils ont vu le titre au moment où les flammes le consumaient? Ce serait demander une preuve impossible. Les juges devront se contenter d'une probabilité plus ou moins grande. Il est probable que le titre se trouvait parmi les papiers détruits, si les témoins viennent déclarer qu'ils ont vu le titre avant l'accident et que le créancier conservait ses titres dans un meuble qui a été détruit par le feu (2).

On suppose que la perte du titre est établie. Restera à prouver ce que le titre contient, c'est-à-dire la créance dont le demandeur réclame le payement. Faut-il que les témoins déposent qu'ils ont lu l'acte et qu'ils en rapportent les clauses? Ce serait encore une preuve qui le plus souvent serait impossible et que le législateur s'est bien gardé d'exiger. L'article 1348 dispose que la prohibition

(1) Lyon, 22 février 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4407, 1°).
(2) Toullier, t. V, 1, p. 203, n° 209. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Preuve*, § VII.

de la preuve testimoniale reçoit exception dans le cas où le titre a été perdu par un cas fortuit; c'est dire que dans ce cas le créancier peut prouver sa créance par témoins; la loi n'ajoute pas que les témoins doivent avoir lu l'acte, elle ne dit rien de particulier de la preuve testimoniale, celle-ci reste donc sous l'empire du droit commun. C'est en ce sens que Pothier s'exprime : « Je puis faire cette preuve par témoins qui déposeront avoir vu entre mes mains les billets de mes débiteurs, dont ils connaissent l'écriture, et se souvenir de la teneur, *ou qui déposeront avoir quelque connaissance de la dette* (1). »

574. L'article 1348 s'applique-t-il au cas où le titre perdu était un acte sous seing privé? Toullier dit qu'il y a une raison de douter. Un acte sous seing privé ne prouve rien par lui-même. Que vous servirait-il donc de prouver qu'un acte sous seing privé portant ma signature a été vu, tenu et lu par différentes personnes? Cette preuve faite, il reste à savoir si la signature qui se trouvait à la fin de l'acte était véritablement la mienne. L'acte n'existant plus, il sera impossible d'en vérifier l'écriture, et peut-on dire qu'un écrit non vérifié soit un titre? et ce prétendu titre peut-il autoriser la preuve testimoniale? L'objection est sérieuse, toutefois elle n'est pas décisive. D'abord le texte n'exige point que le titre soit authentique; il comprend donc les actes sous seing privé. On ne peut pas les vérifier, mais il ne s'agit pas de prouver la créance par l'écrit qui n'existe plus, cet écrit offre seulement une probabilité qui permet d'admettre la preuve testimoniale. La certitude morale qu'il existait un titre suffit donc. Comment les juges acquerront-ils cette certitude? C'est une question de fait. Pothier suppose que les témoins ont vu le titre et reconnu la signature : ce n'est certes pas là une vérification d'écriture, c'est une preuve morale; il n'y a rien à dire sur ce point, tout dépendant de l'appréciation du juge; il n'est pas obligé d'admettre la preuve testimoniale, mais il peut l'admettre (2).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 815. Aubry et Rau, t. VI, p. 470, note 35. Marcadé, t. V, p. 151, n° V de l'article 1348.
(2) Toullier, t. V, 1, p. 206, n° 215.

Les actes solennels présentent une autre difficulté. Tels sont les testaments. Il est de doctrine et de jurisprudence que les dispositions du code sur les preuves s'appliquent à toutes les matières, donc aussi aux testaments. On est donc admis à prouver par témoins qu'un testament a existé et qu'il a été détruit par un cas fortuit. Mais le testament, de même que tout acte solennel, diffère d'une obligation; celle-ci existe indépendamment de l'écrit qui la constate, le titre n'est qu'une question de preuve; tandis que les solennités du testament sont de l'essence même de l'acte, il n'y a point de testament sans l'observation des formalités prescrites par la loi. Il faut donc que les témoirs déclarent que ces formalités ont été remplies. La difficulté est déjà grande pour le testament olographe; il faudra que les témoins connaissent l'écriture du testateur et qu'ils déposent que le testament était écrit, daté et signé par lui. Dans le testament par acte public, les formalités sont plus nombreuses et plus difficiles à constater. C'est au juge de décider si les témoignages sont suffisants pour attester qu'il y a eu un testament valable en la forme (1).

575. Une difficulté particulière se présente pour les obligations d'un emprunt. On a prétendu qu'il fallait les assimiler au papier-monnaie, ou aux billets de banque; d'où suivrait que la destruction du titre priverait le créancier de tout droit. La cour de Liége n'a pas admis ce système, qui est évidemment faux. Que les obligations soient en nom ou au porteur, peu importe : les unes et les autres constatent une créance à charge de l'Etat qui est l'emprunteur, de même qu'un acte sous seing privé ou authentique constate un prêt. La seule différence qui existe entre les titres au porteur et les titres en nom, c'est que les premiers se transmettent par la remise des titres et que celui qui les détient en est le propriétaire. Mais cela ne change rien aux obligations de l'Etat, il est toujours débiteur; et si le titre qui constate la dette est perdu, le créancier peut se prévaloir de l'article 1348 (2).

(1) Toullier, t. V, 1, p. 207, n° 216. Rejet, 12 décembre 1859, chambre civile (Dalloz, 1860, 1, 334). Toulouse, 12 novembre 1862 (Dalloz, 1863, 2, 25).
(2) Liége, 22 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 33).

576. Un arrêt récent de la cour de cassation décide une autre difficulté. Les parties ont constaté leurs conventions par écrit, elles ne représentent pas l'acte; dans l'espèce, elles ne demandèrent pas à prouver la perte du titre par un cas fortuit, mais, s'appuyant sur un commencement de preuve par écrit, elles réclamèrent le bénéfice de l'article 1347. Y avait-il lieu d'admettre la preuve testimoniale, bien que la perte du titre ne fût pas prouvée? La cour de Douai refusa de l'admettre, en se fondant sur le n° 4 de l'article 1348. Son arrêt fut cassé et il devait l'être. L'article 1347 admet la preuve testimoniale lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; la loi ne distingue pas si les parties avaient ou non dressé un acte : par cela seul qu'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale doit être admise, sauf au juge à décider s'il y a ou non un commencement de preuve par écrit. Mais il ne peut pas décider en droit que la preuve par témoins n'est pas admissible, parce qu'il y avait un titre et que la destruction de ce titre n'est point prouvée par écrit (1).

N° 3. APPLICATION DU PRINCIPE AUX CAS NON PRÉVUS PAR LA LOI.

577. Nous avons dit que le principe établi par l'article 1348 est général et qu'il reçoit son application à tous les cas où il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale du fait litigieux. Les applications que la loi donne dans les n°s 1-4 ne sont que des exemples; ces exemples, quoiqu'ils n'aient rien de limitatif, servent cependant à expliquer le sens du principe. Il s'agit de préciser ce que la loi entend par *impossibilité* de se procurer une preuve littérale. Faut-il une impossibilité absolue, matérielle, ou une impossibilité morale et relative suffit-elle? En théorie, la solution n'est pas douteuse; le texte de la loi prouve qu'elle se contente d'une impossibilité morale; nous en avons fait la remarque en expliquant le n° 2 concernant le dépôt fait par un voyageur

(1) Cassation, 18 août 1873 (Dalloz, 1874, 1, 20).

dans une hôtellerie (n° 567). Le n° 3 fournit le même argument; il admet la preuve par témoins pour prouver les obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. Quelles sont les circonstances où l'on ne pouvait avoir fait des actes par écrit? Toullier répond : C'est une pure question de fait, et de quelque manière que les juges prononcent, leur décision ne peut être déférée à la cour de cassation (1).

Cela n'est-il pas trop absolu? Ainsi entendue, l'exception absorberait la règle, puisqu'il dépendrait toujours du juge d'alléguer une impossibilité morale quelconque. C'est aussi dépasser les termes et l'esprit de l'article 1348; il ne parle pas d'impossibilité morale, et tout ce que l'on peut conclure des exemples donnés par la loi, c'est que l'impossibilité ne doit pas être absolue; mais il faut qu'il y ait impossibilité et que le juge fonde sa décision sur cette impossibilité. Sans doute, l'appréciation de l'impossibilité échappera le plus souvent à la cassation, mais ce n'est pas à dire que le juge du fait soit souverain; son jugement peut être cassé, s'il admet comme impossibilité des faits qui par leur nature même ne constituent aucune impossibilité.

578. La jurisprudence est indécise et incertaine, ce qui est inévitable dans une matière où le juge a un si grand pouvoir d'appréciation. Un domestique prétend avoir prêté de l'argent à son maître; il ne produit pas d'écrit : était-il dans l'impossibilité morale de s'en procurer un? La cour de Bordeaux a refusé la preuve testimoniale, et avec raison, croyons-nous (2). Il n'y a pas d'impossibilité proprement dite à ce qu'un domestique demande un reçu à son maître, il n'y a qu'un sentiment de convenances et de délicatesse; mais si le maître consent à devenir le débiteur de son domestique, il abandonne par cela même sa position de supériorité; il n'y a plus de raison pour qu'il refuse de donner une reconnaissance du

(1) Toullier, t. V, 1, p. 197, n° 203; p. 142, n° 139. Aubry et Rau, t. VI, p. 461, note 3.
(2) Bordeaux, 13 juin 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4870, 3°).

prêt qu'il reçoit. Par contre, il a été jugé que la fille qui se retire de la maison maternelle, est admise à prouver par témoins la consistance et la valeur des effets et habits qui étaient à son usage personnel et qu'elle y a laissés : elle ne pouvait pas, dit la cour de Bourges, proposer à son beau-père et à sa mère de lui en donner une reconnaissance par écrit *sans craindre de blesser leur délicatesse* (1). Est-ce là une impossibilité morale? Nous en doutons. Il est certain que parmi les exemples que donne la loi il n'y en a aucun que l'on puisse appliquer par analogie à cette espèce; les nos 2 et 3 supposent qu'à raison des circonstances il n'était pas possible au créancier de dresser un acte par écrit, ils ne supposent pas que des sentiments de délicatesse ou de convenances l'en aient empêché.

La cour de Gand a admis l'impossibilité morale dans un cas analogue. Un jeune homme promet mariage à une demoiselle; afin de contraindre sa mère à y consentir, il signe des billets au profit de sa future; il était convenu que ces billets formeraient un dédit en cas de non-exécution de la promesse. Le mariage ne se fit point; le signataire des billets refusa de les payer en soutenant qu'ils étaient dus pour une promesse de mariage, et partant nuls. Pouvait-il faire la preuve par témoins de ladite promesse et des circonstances qui l'avaient engagé à souscrire les billets? La cour répond que le jeune homme n'aurait pu demander une contre-lettre sans blesser d'une manière outrageante la délicatesse de la demoiselle, et que celle-ci aurait refusé de signer la contre-lettre (2). C'est toujours une impossibilité fondée sur des sentiments de convenances, et nous ne connaissons pas de texte qui autorise le juge à ordonner la preuve par témoins dans le cas d'une pareille impossibilité. Il y a, au contraire, une disposition qui prouve que, dans la pensée du législateur, une pareille impossibilité ne suffit point. L'article 1341 prohibe la preuve testimoniale pour dépôt volontaire, bien

(1) Bourges, 19 mai 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4875, 1°).
(2) Gand, 26 mars 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 182).

que le créancier ait des raisons de délicatesse pour ne pas demander de preuve écrite.

579. Il y a des fournitures de détail qu'il n'est pas d'usage de constater par écrit. L'usage constitue-t-il une impossibilité morale dans le sens de l'article 1348? La question s'est présentée plusieurs fois devant les cours de Belgique, et elle a été décidée en sens divers. Un entrepreneur doit une somme de 254 francs pour livraison de bière faite à ses ouvriers; la cour de Bruxelles a jugé que l'article 1348 est applicable, parce qu'il n'est pas d'usage de prendre des engagements par écrit à raison de ces fournitures (1). Il en est de même des travaux de détail que font les ouvriers; la cour de Bruxelles a jugé que les gens de métier n'étant pas dans l'usage de constater ces créances par écrit, il leur était moralement impossible de rapporter une preuve littérale de leurs créances et que, par suite, ils devaient être admis à la preuve testimoniale (2). Quand il s'agit, au contraire, de fournitures qu'il n'est pas dans l'usage de payer à de courts termes, la cour applique la règle générale de l'article 1341 et refuse la preuve testimoniale (3).

Cette jurisprudence est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi, comme l'a très-bien jugé notre cour de cassation. La prohibition de la preuve testimoniale est la règle, la loi ne l'admet que par exception; or, toute exception est d'interprétation rigoureuse. Il faut donc voir si l'usage, quelque général qu'on le suppose, de ne pas exiger un écrit pour certaines fournitures ou certains travaux, met le créancier dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. La négative est certaine, dit la cour; en effet, aucun des exemples donnés par l'article 1348 n'autorise à interpréter ainsi le principe établi par l'article 1348(4). La cour de Gand s'est prononcée dans le même sens. Il s'agissait, dans l'espèce, de la fourniture d'un tapis de salon d'une valeur de 2,000 francs; le tribunal de

(1) Bruxelles, 2 août 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 200).
(2) Bruxelle2, 4 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 28).
(3) Bruxelles, 31 janvier 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 214).
(4) Cassation, 24 avril 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 60).

première instance avait décidé que l'usage et la délicatesse s'opposaient à ce que le demandeur exigeât un acte par écrit de la convention. Cette décision a été réformée en appel; la cour dit que le prétendu usage et les raisons de délicatesse que l'on invoquait ne sont pas une exception légale; or, admettre une exception sans texte, c'est faire la loi (1). La cour de Bruxelles, dans un arrêt récent, paraît revenir sur sa jurisprudence A Anvers, il est d'usage de prendre les abonnements au théâtre par une simple déclaration verbale au bureau du contrôleur; on s'en est prévalu pour demander la preuve par témoins de la location; la cour a repoussé la demande, par le motif que cet usage ne constitue pas l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, comme le veut l'article 1348 (2).

I. *Application aux vices de consentement.*

1. LES PARTIES.

580. Pour contracter, comme pour tester, il faut être sain d'esprit. Comment prouve-t-on que l'une des parties n'était pas saine d'esprit, soit pour cause de démence, soit par suite d'ivresse? Nous avons déjà répondu à la question (nº 426). Dans notre opinion, l'insanité est un des faits purs et simples qui peuvent se prouver indéfiniment par témoins; il ne s'agit donc pas de l'exception établie par l'article 1348, il faut dire que ce cas ne rentre point dans la règle.

On pourrait croire qu'il en est de même de la violence qui vicie le consentement et devient une cause de nullité. Il est certain que les faits de violence sont des faits matériels, mais on ne peut pas dire qu'ils n'ont aucun effet juridique; car ils constituent un délit, au moins civil, et le délit est un fait juridique, puisqu'il en résulte une action en dommages et intérêts contre l'auteur du fait dommageable. Lorsque l'une des parties contractantes a con-

(1) Gand, 9 mars 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 69).
(2) Bruxelles, 28 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 59)

senti sous l'empire de la violence, elle peut demander la nullité du contrat pour vice de consentement. Il va sans dire que la violence, qu'elle consiste en mauvais traitements ou en menaces, peut se prouver par témoins; celui qui emploie la violence se gardera bien de fournir une preuve littérale des faits illicites qui constituent la violence; il y a donc impossibilité de se procurer une preuve littérale, ce qui rend l'article 1348 applicable. La cour de cassation l'a jugé ainsi, mais, par une singulière réminiscence du droit romain, elle a fondé sa décision sur le caractère de dol que la violence implique; elle s'est appuyée, en conséquence, sur l'article 1353, qui admet les présomptions simples pour prouver les faits de dol et de fraude, et par voie de conséquence la preuve testimoniale est aussi admise (1). Cette argumentation laborieuse est inutile, puisque le principe de l'article 1348 suffit pour décider la question.

L'erreur se prouve également par témoins. De l'erreur on peut dire que l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale est évidente. Comment constaterait-on par écrit un fait dont on n'a pas conscience au moment du contrat? Car si celui qui est dans l'erreur en avait conscience, il ne contracterait point.

581. Le dol donne lieu à des difficultés. Quand il est allégué comme vice du consentement, au même titre que l'erreur ou la violence, l'application de l'article 1348 n'est point douteuse. On doit dire du dol ce que nous venons de dire de l'erreur, car le dol implique l'erreur; celui qui est trompé par des manœuvres frauduleuses ignore qu'on le trompe, donc il est dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale du dol. Cela lui est encore impossible à raison de la nature des manœuvres frauduleuses, ceux qui ont recours à ces moyens illicites ayant soin de les cacher et de n'en laisser aucune trace écrite.

Quand le dol est invoqué comme viciant le consentement, il est sur la même ligne que l'erreur et la violence; les causes qui vicient le consentement impliquent qu'il y

(1) Rejet, 5 février 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 193).

a consentement et, par conséquent, que la convention existe et qu'elle est constante, car on se prévaut de ces vices pour demander la nullité du contrat. Mais parfois le demandeur veut prouver, en alléguant des faits de dol, l'existence même de la convention qui est viciée par le dol. Sera-t-il admis à prouver par témoins les faits de dol, les manœuvres frauduleuses qui l'ont engagé à contracter? La demande est complexe; elle implique d'abord qu'il y a une convention, puisque cette convention est viciée par le dol. Quant à la convention, la preuve en doit être faite par écrit, conformément à l'article 1341; vainement dirait-on que ce sont des manœuvres frauduleuses qui ont engagé la partie trompée à consentir à un contrat et que les faits de dol se prouvent par témoins, l'objection confond l'existence de la convention avec le dol qui la vicie. Le dol se prouve par témoins, mais la convention doit être prouvée par un écrit. Qu'importe que j'aie contracté parce que j'ai été trompé par des manœuvres frauduleuses? Ces manœuvres ne m'empêchaient pas de dresser acte de la convention; je ne puis donc pas dire qu'il m'a été impossible de me procurer une preuve littérale du contrat. C'est seulement quand j'aurai prouvé la convention par écrit, que je serai admis à la preuve testimoniale du dol qui a vicié mon consentement. Cette distinction est admise par la doctrine (1) et par la jurisprudence (2).

582. Que faut-il décider si c'est par suite de manœuvres frauduleuses que la partie trompée a renoncé à exiger une preuve littérale du contrat dont elle demande à établir l'existence par témoins? La question est controversée. MM. Aubry et Rau disent que le dol dont il s'agit est le dol que l'on appelle incident : ce n'est pas un dol qui a engagé la partie à contracter, elle l'a seulement portée à ne pas dresser acte du contrat; donc la partie trompée ne peut pas dire qu'elle a été dans l'impossibilité d'exiger une preuve littérale. La distinction nous paraît

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 464, et note 18, § 765.
(2) Cassation, 29 octobre 1810 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4939, 1°). Comparez Bruxelles, 12 février 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 330).

très-subtile. D'abord elle ne serait pas admissible si les mêmes manœuvres frauduleuses qui ont engagé la partie à contracter l'ont aussi engagée à ne pas passer acte de la convention; car, dans ce cas, le dol incident se confond avec le dol principal. Mais quand même on supposerait, ce qui n'est guère qu'une hypothèse d'école, que la convention n'est point viciée par le dol et que les manœuvres frauduleuses ont eu uniquement pour objet d'empêcher la partie trompée d'exiger une preuve littérale, la décision nous paraît encore douteuse. Quel est le fait litigieux? Il s'agit de savoir s'il a été possible ou non au demandeur de se procurer une preuve littérale d'une obligation; or, celui qui renonce à dresser acte de la convention parce qu'on l'a circonvenu par des manœuvres pour le faire renoncer, a été, par suite de ces manœuvres, dans l'impossibilité morale de se procurer un écrit. Lui dire qu'il aurait pu néanmoins exiger un acte, c'est ne tenir aucun compte du dol, c'est-à-dire de la cause pour laquelle il n'a pas demandé d'écrit; or, cette cause constitue un délit, et tout délit se prouve par témoins (1).

583. Les parties ont dressé un écrit de leurs conventions. Peuvent-elles demander la nullité de la convention pour cause de dol, en prouvant le dol par témoins? On a prétendu que la preuve testimoniale était inadmissible, parce que l'article 1341 défend de recevoir aucune preuve par témoins contre le contenu aux actes. L'article 1348 répond à l'objection; il porte que les *règles ci-dessus* reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été au pouvoir du demandeur de se procurer une preuve littérale du fait litigieux; donc l'exception s'applique à la seconde règle de l'article 1341, aussi bien qu'à la première. Quel est, dans l'espèce, le fait litigieux? La convention est constatée par écrit, mais on prétend qu'elle est viciée par le dol; or, il est impossible qu'il y ait un acte par écrit des manœuvres frauduleuses qui ont

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 465 et note 21. En sens contraire, Larombière, t. V, p. 148, n° 16 (Éd. B., t. III, p. 208). Comparez Bruxelles, 13 juillet 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 210).

engagé l'une des parties à contracter; donc on n'est plus dans le cas de la règle, on est dans le cas de l'exception (1).

Quand nous disons que l'on peut prouver les faits de dol par témoins, bien que la preuve tende à annuler une convention constatée par acte, nous supposons que la preuve contraire est admissible. Quand elle ne l'est pas, on ne peut pas même alléguer une preuve littérale, à plus forte raison la preuve testimoniale ne serait-elle pas reçue. Pour savoir si le dol allégué contre un acte peut se prouver par témoins, il faut donc distinguer. Les actes, soit authentiques, soit sous seing privé, font foi tantôt jusqu'à inscription de faux, tantôt jusqu'à preuve contraire. Quand ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire, l'on est admis à prouver contre l'acte, d'après les règles du droit commun, donc par témoins quand on demande à prouver des faits de dol et de fraude. Mais quand l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux, aucune autre preuve n'est admise pour combattre l'acte que la longue et difficile procédure de l'inscription de faux (2).

La cour de cassation a jugé en sens contraire. Dans l'espèce, la créance, d'après l'acte, s'élevait à 9,092 roupies. On prétendait que, lors du transport qui en avait été fait, on était convenu que la créance serait réduite à 6,100 roupies. La preuve testimoniale était-elle admissible pour prouver les faits de dol et de fraude du demandeur? Il a été jugé que la preuve par témoins n'était pas admissible, parce qu'elle tendait à prouver contre et outre le contenu aux actes (3). La décision nous paraît erronée. Il est de principe que les déclarations des parties ne font foi jusqu'à inscription de faux que du fait matériel de la déclaration, et que la sincérité de la déclaration n'est prouvée que jusqu'à preuve contraire. Or, dans l'espèce,

(1) Rejet, 1er février 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5043, 7°); 3 juin 1835 (Idem, *ibid.*, n° 4935, 3°); 17 août 1853 (Dalloz, 1854, 5, 594). Bruxelles, 12 août 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 400).
(2) Toullier, t. V, 1, p. 167, n° 175.
(3) Rejet, chambre civile, 12 mars 1860 (Dalloz, 1860, 1, 132).

le fait matériel de la déclaration n'était pas attaqué, donc la preuve contraire était admissible. La preuve par témoins pouvait-elle être reçue? L'article 1341 défend de recevoir des témoignages contre une preuve écrite, mais l'article 1348 déroge à cette règle pour ce qui concerne le dol et la fraude. Donc la cour aurait dû admettre la preuve testimoniale.

584. Pour que le dol soit un vice du consentement et puisse être allégué pour attaquer l'acte, il faut qu'il ait été le mobile du consentement; c'est ce que l'on appelle le dol principal, ce dol est la cause du contrat, comme on dit à l'école; voilà pourquoi il rend la convention nulle. Si le consentement n'a pas été vicié par le dol et si le dol est postérieur au contrat, ou étranger au contrat, on ne peut pas s'en prévaloir pour attaquer la convention. Si les manœuvres frauduleuses ont causé un dommage, elles constituent un délit, la preuve s'en fera par témoins, mais le dol ne pourra pas être allégué comme viciant le contrat. La jurisprudence a consacré ces principes, qui ne seraient pas douteux s'ils se présentaient dans cette simplicité, mais la complication des faits vient souvent obscurcir le droit. Un arrêt de la cour de Colmar avait admis la preuve testimoniale ou, ce qui revient au même, les présomptions simples pour prouver la libération; la fraude sur laquelle la cour se fondait pour admettre ce genre de preuve concernait la demande d'une seconde grosse; le débiteur prétendait que la demande avait pour objet de faire revivre une dette éteinte. Ainsi la fraude alléguée tombait sur un acte postérieur au payement allégué, et non sur le payement lui-même. Et cependant c'est pour établir le payement que l'on invoquait les présomptions. Cela aboutissait à prouver par témoins un fait juridique pour la preuve duquel la loi exige un acte par écrit. La cour de cassation dit très-bien que si l'on admettait la doctrine de l'arrêt attaqué, la foi due aux actes serait ébranlée et la prohibition de la preuve testimoniale serait éludée toutes les fois que la grosse serait perdue; il suffirait au débiteur de supposer que la seconde grosse n'est demandée que pour faire revivre l'obligation, puis

il demanderait à prouver sa libération par des présomptions que la loi repousse (1).

La cour de cassation de Belgique a porté une décision analogue dans une autre espèce. On prétendait qu'il y avait dol et fraude dans le fait de celui qui se prévaut d'une convention dénuée de cause ou fondée sur une fausse cause, et on se prévalait de ce prétendu dol pour attaquer la convention elle-même. La cour de Bruxelles avait admis ce système. C'était violer l'article 1341 et faire une fausse application de l'article 1348. Si l'on admet la preuve du dol par témoins et si, par suite de la preuve, on annule la convention, c'est quand il s'agit du dol qui vicie le consentement. La cour de cassation a raison de dire que cette preuve n'attaque point l'acte, en ce sens qu'elle ne le combat en aucun point; ce n'est pas l'instrument qui est attaqué, c'est le consentement qui est annulé. Que si le dol consiste à se prévaloir d'une convention sans cause ou sur fausse cause, on ne peut pas dire que ce dol vicie le consentement et le contrat, car il est postérieur à la convention. De là suit que la convention et l'acte qui la constate restent sous l'empire du droit commun; la cause de la convention est-elle réelle ou fausse? La question est décidée d'après les règles qui régissent la preuve; l'acte constatant la cause, on ne peut pas prouver que cette cause est fausse sans attaquer l'acte; et on ne le peut par témoins, l'article 1341 défendant d'écouter les témoignages contre le contenu en l'acte. Et s'il s'agit du défaut de cause, la même disposition défend encore de recevoir la preuve par témoins *outre* le contenu en l'acte (2).

2. LES TIERS.

585. La loi donne le nom de fraude au dol qui est pratiqué au préjudice des tiers; c'est ainsi que l'article 1167 permet aux créanciers d'attaquer, en leur nom personnel,

(1) Cassation, 20 mars 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4350). Comparez Colmar, 6 août 1845 (Dalloz, 1846, 2, 222).
(2) Cassation, 26 mai 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 477).

les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Il est de principe que les tiers peuvent toujours prouver par témoins la fraude qui leur est faite (1); en effet, ils sont dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de la fraude. Le principe doit être généralisé, il ne s'applique pas seulement aux actes frauduleux, il reçoit son application à tous les faits juridiques auxquels les tiers sont restés étrangers et dont ils n'ont pu se procurer une preuve littérale; la preuve de la fraude n'est qu'une application du principe: le même principe, conçu dans les termes les plus généraux, s'applique *toutes les fois* (art. 1348) qu'il a été impossible au demandeur de se procurer une preuve littérale. Ainsi un créancier prétend qu'une hypothèque est éteinte par le payement de la dette; il sera admis à prouver le payement par témoins; car il a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale du payement (2).

A plus forte raison les tiers sont-ils admis à prouver la fraude commise à leur préjudice. Quand on veut les frauder, on déguise sa pensée et on la cache, la preuve de la fraude devient d'autant plus difficile : exiger une preuve écrite, c'eût été mettre les tiers dans l'impossibilité de prouver la fraude; même la preuve par témoins est rarement possible; le plus souvent il faut recourir à de simples présomptions, ce que la loi permet expressément; nous reviendrons sur ce point en expliquant l'art. 1353. Tel est le droit des créanciers qui attaquent un acte fait par leur débiteur en fraude de leurs droits. Nous avons dit ailleurs en quoi consiste cette preuve. Les créanciers ont le même droit dans tous les cas où ils ont intérêt à prouver la mauvaise foi.

Aux termes de l'article 1er de notre loi hypothécaire, les actes non transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude : s'ils ont contracté avec fraude, c'est-à-dire connaissant l'acte qui n'a pas été transcrit, ils ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription. Comment les parties intéressées prouveront-elles

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 811
(2) Bordeaux, 18 mars 1852 (Dalloz, 1852, 2, 280).

que les tiers ont contracté avec fraude? Par témoins; l'article 1348 leur en donne le droit, car elles ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

De même le vendeur primitif, créancier privilégié, peut prouver que les payements faits par les acquéreurs successifs et constatés par les actes sont simulés; que la simulation soit frauduleuse ou non, peu importe, le vendeur n'a pu se procurer une preuve littérale du fait litigieux, donc il est admis à le prouver par témoins (1). L'article 1348 fait exception à la deuxième règle de l'article 1341, aussi bien qu'à la première. Il n'y a qu'une restriction au droit des tiers; les actes authentiques et les actes sous seing privé, dans l'opinion commune, font, dans certains cas, foi jusqu'à inscription de faux à l'égard des tiers comme entre les parties; c'est dire que la preuve contraire, fût-elle littérale, n'est pas admise; à plus forte raison n'admet-on pas la preuve testimoniale. Pour qu'il puisse s'agir de prouver un fait par témoins, il faut naturellement que la preuve de ce fait soit admissible.

586. L'exception établie par l'article 1348 peut-elle être invoquée par les héritiers qui attaquent les actes faits par le défunt? Au premier abord, il semble que les héritiers sont non recevables, parce qu'ils représentent le défunt, et ceux-là mêmes des successeurs universels qui ne continuent pas la personne de leur auteur succèdent à ses droits et à ses obligations. Nous avons répondu ailleurs à l'objection. Quand les héritiers attaquent un acte du défunt comme fait en fraude de leurs droits, ils agissent en vertu d'un droit qui leur est propre, droit que leur auteur a lésé. Il est vrai que nous contractons pour nous et pour nos héritiers, mais cela n'est vrai que lorsque nous agissons de bonne foi; le droit et le bon sens disent que nous ne représentons pas nos héritiers quand nous contractons, non pour eux, mais contre eux et en fraude de leurs droits. Nous avons déjà rencontré bien des applications de ce principe; nous les résumons ici afin de présenter un tableau complet de la matière.

(1) Caen, 24 juin 1839 (Dalloz, au mot *Hypothèques*, n° 346, 2°).

587. La loi assujettit les héritiers au rapport des libéralités qu'ils ont reçues du défunt, afin de maintenir l'égalité entre les successibles. Il arrive souvent que des libéralités sont faites en secret à l'un des héritiers, soit de la main à la main, soit sous forme d'un contrat onéreux, soit par personne interposée. Comment prouvera-t-on ces avantages? Il est de doctrine et de jurisprudence que la preuve peut s'en faire par témoins. Quelle est la raison de décider? La cour de cassation répond qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à l'espèce les principes rigoureux relatifs à la preuve des obligations; que, pour arriver à la constatation de pareils faits et au maintien de l'égalité entre cohéritiers, tous les genres de preuve sont admissibles (1). La décision est juste, mais elle est très-mal motivée. Si les règles établies au titre des *Obligations* ne sont pas applicables en matière de rapport, quels sont donc les textes qui font exception à ces règles? On les chercherait vainement. Il faut appliquer les principes consacrés par le législateur au titre des *Obligations*, ou il faut dire qu'il n'y a point de principes; et il n'appartient pas non plus à l'interprète de décider que des principes généraux doivent s'appliquer avec plus ou moins de rigueur. Si donc, en matière de rapport, il y a exception aux règles générales sur les preuves, il faut chercher le principe de cette exception dans la loi, et il est bien facile de l'y trouver.

La cour d'Orléans a admis les héritiers à prouver, par témoins et par les registres domestiques du défunt, les prêts que celui-ci avait faits à l'un de ses successibles, prêts dont l'article 829 ordonne le rapport. Elle applique à ce cas l'exception établie par l'article 1348; l'héritier a été certes dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale des avances faites par le défunt à l'un des successibles. Cela est aussi fondé en raison. La loi qui veut le rapport des dettes, comme des donations directes ou indirectes faites à l'un des héritiers, a dû donner aux autres héritiers un moyen de prouver l'existence de ces dettes et de ces libéralités; or, il n'y en a pas d'autre que la

(1) Cassation, 13 août 1866 (Dalloz, 1866, 1, 467).

preuve testimoniale et, à défaut de témoignages, les présomptions. L'article 1348 doit, par conséquent, recevoir son application en matière de rapport (1). Ainsi les héritiers qui demandent à prouver par témoins le fait qui donne lieu au rapport invoquent les principes généraux de droit tels que le code les établit au titre des *Obligations*.

588. Il y a des héritiers auxquels la loi accorde une réserve, ce qui implique la prohibition de disposer au préjudice des réservataires; ceux-ci ont le droit d'agir en réduction des libéralités qui entament leur réserve. Dans ce cas, le droit des héritiers n'est point douteux; en tant qu'ils demandent la réduction des donations qui excèdent le disponible, ils n'agissent pas comme successeurs du défunt, ils agissent en vertu d'un droit qu'ils tiennent de la loi; en ce sens, on peut les assimiler aux tiers; ils peuvent donc invoquer les principes qui régissent les droits des tiers; d'où suit qu'ils sont admis à prouver par témoins les libéralités cachées, déguisées ou indirectes que le défunt a faites au préjudice de leurs droits. Le principe n'est pas contesté, mais il importe de préciser le vrai motif de décider. Il se trouve dans l'article 1348. Les héritiers à réserve ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale des actes par lesquels le défunt a porté atteinte à leur droit; donc ils doivent être admis à la preuve par témoins, et ils seraient admis à la preuve testimoniale alors même qu'il y aurait des écrits contre lesquels ils demanderaient à faire preuve. Vainement leur opposerait-on l'article 1341, qui défend de recevoir aucun témoignage contre les actes; la réponse est dans l'article 1348 qui déroge aux deux règles établies par l'article 1341.

La jurisprudence a consacré ces principes (2), mais les arrêts ne sont pas toujours motivés avec la précision nécessaire; ce qui accuse quelque incertitude sur les vrais principes, de là des erreurs que l'on est étonné de ren-

(1) Orléans, 26 juillet 1849 (Dalloz, 1850, 2, 29).
(2) Bruxelles, 21 janvier 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 36).

contrer en une matière aussi simple. Une mère vend tous ses biens à son fils; les actes passés devant notaire portent que le prix a été payé comptant en présence de l'officier public. Les filles attaquent la vente comme déguisant une libéralité. La cour de Bordeaux jugea qu'elles devaient s'inscrire en faux. Nous avons déjà relevé l'erreur de la cour; l'arrêt a été cassé. Mais la rédaction de l'arrêt de cassation laisse aussi à désirer. La cour invoque uniquement l'article 1353, qui autorise les juges à se décider par de simples présomptions lorsque l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol (1). L'article 1353 est sans doute applicable à l'espèce, mais la disposition qui admet la preuve testimoniale pour prouver la fraude n'est elle-même que l'application de l'article 1348, comme nous le dirons plus loin. Le principe d'où découlent toutes les conséquences est établi par la loi dans les termes les plus généraux : *toutes les fois* qu'il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale du fait litigieux, il est admis à en faire preuve par témoins. Cette exception concerne la seconde règle aussi bien que la première, à moins que l'acte ne fasse foi jusqu'à inscription de faux; c'est sur ce point que la cour de Bordeaux s'était trompée, comme nous l'avons dit en traitant de la force probante des actes authentiques. Ce n'est donc pas sur l'article 1353 que la cour de cassation devrait fonder ses décisions, comme elle le fait d'ordinaire en disant que la fraude à la loi peut toujours se prouver par présomptions (2); le vrai siége de la matière est l'article 1348; quant à la fraude à la loi que la cour invoque pour justifier l'admission de la preuve testimoniale, elle ne joue un rôle en matière de preuve que lorsque l'acte est attaqué pour cause de simulation; quand il s'agit de fraude proprement dite, l'article 1348 suffit pour décider la question de preuve.

La loi établit des incapacités de donner et de recevoir; pour les éluder, les parties intéressées recou-

(1) Cassation, 10 juin 1816 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3114, 1°).
(2) Rejet, 27 avril 1830 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 325, 1°); 18 août 1862 (Dalloz, 1863, 1, 144); 20 mars 1865 (Dalloz, 1865, 1, 285).

rent à des libéralités indirectes ou déguisées. Il va sans dire que les héritiers, réservataires ou non, sont admis à la preuve testimoniale pour établir le fait de la libéralité. Ici il y a fraude à la loi tout ensemble et fraude au droit des héritiers, en ce sens que ceux-ci ont le droit de demander la nullité des libéralités faites à des incapables. Une mère dispose de tout son avoir au profit d'un enfant naturel; les enfants légitimes sont admis à prouver par présomptions et par témoins les libéralités faites à l'enfant naturel. Dans l'espèce, il y a atteinte à la réserve. Les principes seraient les mêmes s'il y avait des héritiers non réservataires (1).

Telles sont encore les libéralités faites au profit de congrégations religieuses non autorisées ; leur incapacité est radicale, puisqu'elles n'existent pas aux yeux de la loi, et elle est fondée sur des motifs d'ordre public; de là le droit des héritiers d'attaquer les libéralités qui seraient faites à des congrégations et le droit d'en faire preuve par témoins et par présomptions. La cour de cassation donne régulièrement comme motif de décider la fraude à la loi (2). Nous répétons qu'il y a un motif plus général, le principe établi par l'article 1348 dont l'article 1353 n'est qu'une application.

Telles sont encore les libéralités faites à des personnes interposées pour les faire parvenir à des légataires que le testateur ne désigne point et que, pour cette raison, on appelle des légataires incertains. Ces fidéicommis cachent d'ordinaire des libéralités faites à des incapables, ce qui permet d'appliquer l'article 1348 et l'article 1353 ; on peut établir par témoins et par présomptions le fait de l'interposition ou du fidéicommis. La jurisprudence est constante; elle invoque régulièrement comme motif la fraude à la loi en citant l'article 1353 (3). A notre avis, le vrai motif de décider se trouve dans l'article 1348.

(1) Rejet, 18 mars 1872 (Dalloz, 1872, 1, 309).
(2) Rejet, 3 juillet 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 321). Comparez Paris, 27 juin 1850 (Dalloz, 1850, 2, 170); Colmar, 22 mai 1850 (Dalloz, 1852, 2, 288).
(3) Rejet, 5 janvier et 3 mars 1857 (Dalloz, 1857, 1, 197 et 198); 28 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 442).

589. Toute fraude commise au préjudice d'un tiers peut se prouver par témoins, quand même il n'y aurait pas fraude à la loi. Tel est le cas où le donateur demande la révocation d'une donation pour survenance d'enfant. Le donataire prétend qu'il y a eu supposition d'enfant, et il demande à prouver par témoins le fait de la supposition. On lui oppose l'acte de naissance qui, d'après l'article 45, fait foi jusqu'à inscription de faux. La cour de Bordeaux a admis le donataire à la preuve testimoniale (2); mais on voit par la rédaction embarrassée de l'arrêt que la cour ne savait comment répondre à l'objection très-spécieuse que fournit l'article 45. Il n'est pas exact de dire, comme le fait la loi, que l'acte de naissance prouve jusqu'à inscription de faux que telle femme est accouchée d'un enfant; l'acte ne fait foi jusqu'à inscription de faux que des faits que l'officier public constate pour les avoir vus; donc il est prouvé jusqu'à inscription de faux qu'un enfant nouveau-né lui a été présenté et que les comparants ont déclaré que cet enfant était né de telle femme; mais la vérité de cette déclaration n'est prouvée que jusqu'à preuve contraire. Quelle est cette preuve contraire? La preuve par témoins lorsque l'acte est attaqué pour cause de fraude. En définitive, la preuve testimoniale est admissible par application de l'article 1348.

II. *La simulation.*

1. ENTRE LES PARTIES.

590. Nous avons dit ailleurs la différence qui existe entre la simulation et la fraude. La simulation peut être frauduleuse; dans ce cas, elle semble se confondre avec la fraude, et l'on pourrait croire qu'il n'y a aucune différence entre la simulation et la fraude au point de vue de la preuve. Toutefois il y a une différence essentielle en ce qui concerne les parties contractantes. Ce qui caractérise la simulation, c'est qu'elle suppose un concert entre les

(1) Bordeaux, 8 juillet 1847 (Dalloz, 1848, 2, 41).

parties contractantes, elle se fait par concours de volontés. De là une conséquence très-importante quant à la preuve. La simulation ne peut pas, en général, être prouvée par témoins quand c'est l'une des parties contractantes qui agit contre l'autre. En effet, la simulation est un fait juridique; le demandeur veut prouver que la prétendue vente, constatée par un acte, est une libéralité; il veut donc prouver l'existence d'une donation, c'est-à-dire d'un contrat; par conséquent, il y a lieu d'appliquer l'article 1341 : le demandeur doit produire un écrit. Il ne peut pas invoquer l'exception établie par l'art. 1348, car il n'était pas dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale : qu'est-ce qui l'empêchait de constater la convention véritable par une contre-lettre?

Cependant dans l'ancien droit, la jurisprudence admettait facilement la preuve par témoins pour établir la simulation, en se fondant sur les faits de dol ou de fraude qui se mêlent d'ordinaire à la simulation, au moins lorsque la simulation est niée; or, c'est quand la simulation est niée que la question se présente de savoir si elle peut se prouver par témoins. Un contrat de mariage porte que la dot de la future est de 60,000 francs et que cette somme a été comptée et remise au futur en présence du notaire. Le mariage n'a point lieu. Action en répétition de la dot. Le défendeur répond que l'apport était simulé. Sera-t-il admis à la preuve par témoins de la simulation? Non, puisqu'il pouvait se procurer une contre-lettre. Vainement objecterait-il qu'il y a dol et fraude de la part de la demanderesse à réclamer la restitution d'une dot qu'elle n'a pas apportée. Cela est très-vrai, mais ce dol est étranger au contrat et à la simulation qu'il s'agit de prouver; le dol est postérieur au contrat de mariage; le contrat n'est infecté d'aucun vice de consentement; c'est en connaissance de cause que le futur a reconnu avoir reçu une dot qui réellement ne lui a pas été payée; il pouvait et il devait se procurer une contre-lettre s'il voulait se ménager une preuve littérale de la simulation, donc il ne peut réclamer le bénéfice de l'exception établie par l'article 1348, il est sous l'empire de la règle qui

défend de faire preuve par témoins contre le contenu aux actes. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont unanimes sur ce point.

591. Les arrêts de la cour de cassation qui rejettent la preuve de la simulation entre les parties admettent que les parties peuvent prouver la simulation par témoins lorsqu'elles ont un commencement de preuve par écrit ou lorsqu'elles peuvent invoquer l'article 1348 (3). Cela n'est pas douteux quant au principe. La simulation suppose l'existence d'un acte que l'on prétend simulé en tout ou en partie. Quand même l'acte serait authentique, il ne prouve pas la vérité des déclarations émanées des parties contractantes : celles-ci sont donc admises à prouver la simulation. Reste à savoir comment elles peuvent la prouver. Elles le peuvent évidemment par une contre-lettre; or, si la preuve littérale est admise, la preuve testimoniale l'est aussi dans les cas où la preuve par témoins peut remplacer la preuve écrite, c'est-à-dire dans les cas prévus par les articles 1347 et 1348. Il n'y a aucune difficulté quant au commencement de preuve par écrit (4). L'application de l'article 1348 est plus difficile; il faut supposer que celui qui a consenti à la simulation ne l'a fait que sous l'influence du dol ou de la violence ; dans ce cas, son consentement est vicié et l'on est toujours admis à prouver par témoins les causes qui vicient le consentement (5).

592. Si le billet énonce une fausse cause, les parties

(1) Toullier, t. V, 1, p. 169, nos 179-184. Aubry et Rau, t. VI, p. 466, note 26. Larombière, t. V, p. 150, no 18 (Ed. B., t. III, p. 210).

(2) Cassation, sections réunies (en matière fiscale), 29 décembre 1821 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, no 2495). Cassation, 6 août 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 4737). Bruxelles, 31 décembre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 396), 15 octobre 1829 (*ibid.*, 1829, p. 259).

(3) Cassation, 6 août 1828 (précité, note 2). Rejet, 30 avril 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 1037, 2°).

(4) Rejet, section civile, 7 mars 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 3118, 1°), et les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, no 4945. Il faut ajouter Rejet, 16 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 167) ; Aix, 25 janvier 1871 (Dalloz, 1871, 2, 52); Bruxelles, 14 juin 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 113); Liége, 12 août 1868 (*ibid.*, 1869, 2, 60); Gand, 20 novembre 1874 (*ibid.*, 1875, 2, 88).

(5) Toullier, t. V, 1, p. 173, no 184. Aubry et Rau, t. VI, p. 466, note 27. Larombière, t. V, p. 149, no 18 (Ed. B., t. III, p. 210).

seront-elles admises à prouver par témoins que la cause est fausse et quelle est la véritable cause? Non, car c'est par un libre concours de volontés qu'elles ont indiqué comme cause de leur obligation un fait juridique qui était simulé; elles pouvaient et devaient se procurer une preuve écrite de cette convention en dressant une contre-lettre. L'article 1341 leur défend de prouver par témoins contre le contenu à l'acte; elles ne peuvent invoquer l'exception de l'article 1348, et nous supposons qu'elles n'ont pas de commencement de preuve par écrit.

On est d'accord sur le principe, mais on enseigne et il a été jugé que la preuve testimoniale est admissible lorsque toutes les parties reconnaissent que la cause d'un billet est simulée (1). La cour de cassation ne donne aucun motif de cette exception; elle se borne à dire que les parties convenant que l'obligation litigieuse était un acte simulé, il ne restait au juge qu'à rechercher les causes qui pouvaient avoir donné naissance à cet acte, et si ces causes avaient pu engendrer une obligation légitime et valable. Sans doute, mais la difficulté est de savoir par quelle preuve on peut établir l'existence d'une cause. Le premier juge avait ordonné une enquête et il en avait induit que l'obligation était sans cause. Qu'est-ce qui l'autorisait à admettre la preuve testimoniale? La cause d'une obligation est le motif juridique qui engage les parties à contracter; donc la cause est un fait juridique; par conséquent, la partie intéressée doit se procurer une preuve par écrit en vertu de l'article 1341, à moins qu'elle ne soit dans une des exceptions prévues par les articles 1347 et 1348; il n'appartient pas au juge d'admettre d'autres exceptions que celles que la loi établit.

593. On demande si les héritiers des parties contractantes sont admis à prouver par témoins la fausseté de la cause? La négative a été jugée et cela nous paraît certain. Les héritiers n'ont pas d'autres droits que leur auteur; or, ceux qui ont été parties à l'acte ne peuvent pas prou-

(1) Rejet, chambre civile, 8 avril 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 547). Aubry et Rau, t. VI, p 466, note 28.

ver la simulation par témoins; il en doit être de même de leurs héritiers. Vainement les héritiers diraient-ils qu'ils ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale; on leur répondrait que leur auteur pouvait et devait exiger une contre-lettre, que ne l'ayant pas fait il ne pouvait pas opposer de témoignage à l'écrit qu'il avait souscrit et que ses héritiers n'ont pas plus de droit que lui (1).

594. On admet généralement que ces principes reçoivent exception lorsque la simulation concertée entre les parties a pour objet de couvrir une fraude à la loi. Dans ce cas, dit-on, la partie intéressée est admise à prouver la simulation par témoins. Cette opinion se fonde sur l'article 1353 qui permet au juge d'admettre de simples présomptions lorsque l'acte est attaqué pour cause de fraude et de dol. Il en résulte, dit-on, que la fraude à la loi peut s'établir par des présomptions dites de l'homme, car l'article est conçu en termes généraux et ne distingue pas entre la fraude à la loi et la fraude envers les personnes. Si la fraude à la loi peut se prouver par de simples présomptions, on doit admettre, par voie de conséquence, que la preuve testimoniale aussi est admissible; car l'article 1353 met sur la même ligne la preuve par témoins et les présomptions. A l'appui de cette opinion on invoque encore l'impossibilité morale où se trouve la partie qui a consenti à la simulation de s'en procurer une preuve littérale (2).

Nous n'admettons cette opinion que dans les limites de l'article 1348, en d'autres termes, s'il y a réellement eu impossibilité pour la partie intéressée de se procurer une preuve littérale, c'est-à-dire une contre-lettre qui prouve la simulation. L'article 1353, que l'on invoque pour en déduire le principe que toute fraude à la loi peut se prouver par témoins, ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Prise à la lettre, la disposition de cet article concernant la fraude et le

(1) Chambéry, 6 mai 1861 (Dalloz, 1861, 5, 328).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 466, note 29, § 765. Marcadé, t. V, p. 149, n° IV de l'article 1348. En sens contraire, Devilleneuve (Sirey, 1836, 1, 597) Comparez Larombière, t. V, p. 153 et suiv., n° 19 (Ed. B., t. III, p. 211).

dol n'a point de sens, car la loi semble dire que la fraude et le dol ne se prouvent pas par témoins, ce qui est inadmissible, puisque le contraire résulte du principe consacré par l'article 1348. Pour donner un sens à l'article 1353, il faut le considérer comme une application des règles qui régissent la preuve testimoniale; mais l'application ne peut pas dépasser le principe; ce n'est donc pas dans l'article 1353 qu'il faut chercher la solution de notre question, c'est dans l'article 1348. Or, l'article 1348 ne dit pas en termes absolus que toute fraude à la loi se prouve par témoins; le mot de *fraude* ne s'y trouve point; si l'on admet qu'en vertu de l'article 1348 on peut prouver par témoins la fraude et le dol, c'est par application du principe général que la loi y établit; et elle exige comme condition de l'admission de la preuve testimoniale qu'il n'ait pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale du fait litigieux. Cette condition reçoit son application aux faits de dol et de fraude envers les personnes; elle doit aussi s'appliquer à la fraude que les parties font à la loi en concertant une simulation. En théorie, sans doute, on devrait admettre toute espèce de preuve pour établir la fraude à la loi, parce que l'intérêt de la société exige que les lois soient respectées; il importe donc que la simulation par laquelle les parties veulent éluder la loi soit découverte et réprimée. Mais cette considération est à l'adresse du législateur; l'interprète n'a pas à se préoccuper de ce que le législateur aurait dû faire, il est lié par les règles que la loi établit. Or, ces règles en matière de preuve testimoniale ne peuvent pas être révoquées en doute; c'est la prohibition de la preuve testimoniale, sauf les deux exceptions des articles 1347 et 1348. Dans l'opinion que nous combattons, on en admet une troisième que l'on va puiser en dehors de la section qui traite de la preuve testimoniale, dans un article qui n'a de sens que si l'on y voit une application de l'article 1348. Cela n'est ni logique ni juridique. L'article 1348 est notre seule règle : la simulation qui consiste dans une fraude à la loi n'a-t-elle pas pu être constatée par écrit, la partie intéressée sera

admise à la prouver par témoins, puisqu'elle n'a pas pu s'en procurer une preuve littérale. Si, au contraire, il lui a été possible d'exiger une contre-lettre, elle ne pourra pas prouver la simulation par témoins.

595. La jurisprudence pose comme principe absolu, comme si c'était un axiome, que la fraude à la loi se prouve par témoins. A notre avis, il faut voir, dans chaque espèce, s'il était possible ou non de se procurer une preuve littérale. Si la fraude à la loi a pour objet de déguiser et de cacher un délit, il n'y a aucun doute, on ne peut pas exiger une reconnaissance écrite d'un délit ; il y a impossibilité morale à ce que celui qui commet un délit signe un écrit qui fournirait la preuve du délit. Des effets de commerce sont souscrits pour une cause que le débiteur prétend fausse et illicite; les sommes qu'il s'est obligé à payer avaient pour objet d'écarter ceux, au profit desquels les billets étaient souscrits, d'une adjudication de fournitures à faire pour une prison pénitentiaire; il s'agissait donc de couvrir par une cause simulée une cause qui constituait un délit, l'entrave à la liberté des enchères. Le souscripteur des billets pouvait-il exiger une contre-lettre constatant la véritable cause? Non, certes; car il aurait constaté son propre délit et la complicité de ses associés. Donc l'article 1348 était applicable si l'on admet que l'impossibilité morale suffit pour autoriser la preuve par témoins et, dans l'espèce, cette question ne serait pas douteuse. La cour de Limoges a jugé en ce sens; elle n'invoque pas l'article 1348, elle pose comme principe absolu que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il s'agit de rechercher le dol ou la fraude (1). Il en serait de même, et par identité de raison, s'il s'agissait de tout autre délit; par exemple, la contrebande (2). La jurisprudence française a appliqué ce principe à l'usure et avec raison; il y a impossibilité d'exiger de l'usurier une contre-lettre qui con-

(1) Limoges, 16 avril 1845 (Dalloz, 1846, 2, 191). Dans le même sens, Rejet, 4 janvier 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4969).
(2) Colmar, 26 février 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4950, 3°). Riom, 22 novembre 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 542, 1°).

staterait le délit et fournirait une preuve contre lui (1).

596. Faut-il appliquer le même principe aux faits qui, sans être des délits criminels, sont contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public? Oui, sous la condition déterminée par l'article 1348, c'est que la partie qui demande à faire preuve par témoins de la simulation ait été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale. Telles sont les dettes de jeu. « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari » (article 1965). De là la nécessité de déguiser la vraie cause des engagements contractés par la partie perdante. Est-elle admise à prouver la simulation par témoins? Il y a un doute, elle était libre de ne pas consentir à la simulation, elle pouvait refuser de signer le billet simulé; cela est vrai, mais consentant à jouer et à payer, en cas de perte, elle était moralement obligée de donner une reconnaissance de son obligation en y mettant une fausse cause, et par la même raison il lui était impossible de demander une contre-lettre, car la contre-lettre aurait constaté la nullité du billet qu'elle souscrivait, ce qui serait contradictoire et par suite impossible (2).

597. La jurisprudence française applique ce principe à la stipulation d'un supplément du prix porté au traité de cession d'un office. Il y a un motif de douter, c'est que toute convention doit, en principe, être prouvée par écrit, et quand il y a un écrit, aucune preuve par témoins n'est admise contre cet écrit; on ne serait donc pas admis à prouver par témoins que le prix d'une vente porté à 10,000 francs dans l'acte est en réalité de 15,000 francs. Mais la cession des offices est régie par des principes particuliers; il n'est pas permis aux parties de stipuler un supplément de prix; quand cela se fait, elles sont obligées de recourir à la simulation et il leur est impossible de dresser acte de la simulation par une contre-lettre, puisque ce serait la preuve écrite de la nullité de leurs conventions. La cour de cassation n'invoque pas ce

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4948).

(2) Duranton, t. X, p. 384, n° 370. Aubry et Rau, t. VI, p. 469, note 31.

motif; elle pose en principe que la preuve par témoins contre un acte est admissible quand il est attaqué pour cause de fraude; elle ajoute que ce principe doit recevoir son application aux conventions écrites qui ont pour objet de soustraire à la surveillance de l'autorité les traités relatifs à la transmission d'un office. Ces conventions étant contractées en fraude des lois qui ont pour objet l'intérêt public, il importe qu'elles soient annulées et, par suite, la preuve testimoniale en doit être reçue (1). L'argumentation serait excellente si le code posait le principe qui lui sert de base, mais le code ne dit pas que la fraude à la loi peut se prouver par témoins, ce qui est décisif.

588. Il est de doctrine et de jurisprudence que les promesses de mariage sont nulles, ainsi que les obligations sous forme de clause pénale ou de dédit qui accompagnent ces promesses. Celui qui a signé un engagement pareil, en lui donnant une fausse cause, est-il admis à prouver la simulation par témoins? La question a donné lieu à de longs débats. Par un premier arrêt, la cour de cassation cassa l'arrêt de la cour de Riom qui avait admis la preuve testimoniale. Elle invoque l'article 1341 qui défend toute preuve par témoins contre le contenu à l'acte; la règle ne reçoit d'exception que dans les cas prévus par les articles 1347 et 1348; or, ces exceptions n'étaient pas articulées par l'arrêt attaqué. Le seul motif que l'on alléguait, c'est la fraude à la loi; la cour repoussa cet argument, parce que l'article 1353 n'est pas applicable à la cause; cette disposition, dit la cour, ne s'applique qu'à la fraude imputable à la partie contre laquelle les faits sont articulés (2). La cour de Lyon s'étant prononcée pour l'opinion contraire, l'affaire revint devant les chambres réunies qui décidèrent que la preuve testimoniale était admissible. L'arrêt nous paraît très-faiblement motivé. Il écarte la prohibition établie par l'article 1341 en disant qu'elle reçoit exception par l'article 1353, lequel admet la preuve par présomption dans

(1) Cassation, 9 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 1, 46).
(2) Cassation, 29 mai 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4949).

les cas où l'acte est attaqué pour cause de dol ou de fraude; or, dans l'espèce, il y a tout ensemble fraude à la loi, parce que l'obligation serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et fraude envers la personne, puisqu'elle porterait atteinte à la liberté de son choix (1). Tout cela est vrai, mais cela est étranger à la question; il n'y a d'autres exceptions à la prohibition de l'article 1341 que celles que la loi consacre dans les articles 1347 et 1348; l'article 1347 était hors de cause, c'est donc l'article 1348 qui était le siége de la difficulté. Et la cour n'en dit rien. Nous avons cité plus haut un arrêt de la cour de Gand qui place la question sur ce terrain, en décidant que le souscripteur du billet qui contient un dédit de mariage est dans l'impossibilité de demander une contre-lettre (2); nous laissons de côté les sentiments de délicatesse que la cour de Gand invoque, pour nous en tenir au motif juridique; la contre-lettre fournirait la preuve de la nullité des billets; or, peut-on demander que les parties dressent une contre-lettre qui prouverait la nullité de leurs conventions?

599. Un mari fait à sa femme une donation déguisée sous forme d'une reconnaissance de dette. La simulation peut-elle être prouvée par témoins? Il y a fraude à la loi, dit la cour de Limoges; il est certain que la donation déguisée est révocable, mais il s'agit de savoir comment la simulation sera prouvée (3). La cour invoque l'article 1353. C'est toujours la même argumentation. Dans notre opinion, la question doit être décidée par l'art. 1348. Y avait-il impossibilité de se procurer une preuve littérale? L'affirmative est au moins douteuse. La contre-lettre, dans l'espèce, n'aurait pas fourni la preuve de la nullité de l'acte, car l'acte n'est pas nul, il est seulement révocable; or, il ne dépend pas des parties de rendre irrévocable une libéralité que la loi déclare révocable; les parties peuvent donc constater que la reconnaissance de dette implique une libéralité; elles peuvent le faire pour

(1) Rejet, 7 mai 1836 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 90, 3°).
(2) Gand, 26 mars 1852. Voyez, plus haut, n° 578.
(3) Limoges, 28 février 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4950, 4°).

valider la libéralité, elles peuvent aussi le faire pour éluder la loi; si elles ont pour but d'éluder la loi, en faisant une donation révocable sous la forme d'un contrat irrévocable, il y a impossibilité morale à donner par une contre-lettre la preuve de la nature révocable de l'acte; en ce sens l'article 1348 serait applicable.

600. Un frère souscrit, au profit de sa sœur, une obligation de 6,000 francs, exigible après sa mort et sans intérêts jusqu'à cette époque. Le frère se marie, il devient père et demande la nullité de l'obligation qu'il prétend simulée. Peut-il prouver la simulation par témoins? Cela est très-douteux. La cour de Toulouse a admis la preuve testimoniale par toutes sortes de motifs, tous étrangers à la question (1). Si l'on admet la doctrine consacrée par la jurisprudence, on peut dire qu'il y avait fraude au principe de la révocabilité des testaments; la prétendue obligation n'étant au fond qu'une libéralité à cause de mort que les parties avaient essayé de rendre irrévocable. Dans notre opinion, il faut voir si le frère pouvait demander une contre-lettre constatant que la dette était une libéralité. Il n'y a pas là d'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Que voulait la sœur? Une libéralité irrévocable. Eh bien, la contre-lettre aurait constaté qu'il y avait libéralité. Il est vrai que la libéralité se serait trouvée révoquée par survenance d'enfants. Mais ce fait ne pouvait être prévu lors du contrat. Nous croyons que, dans ce cas, la preuve par témoins n'était pas admissible.

601. La cour de cassation a porté la même décision dans une affaire analogue. Une vente était attaquée comme déguisant une disposition à cause de mort. La cour de Rennes l'annula en se fondant sur des présomptions. Pourvoi en cassation pour violation de l'art. 1341. La cour de cassation rejeta le pourvoi; l'arrêt formule nettement le principe que l'on peut admettre les présomptions et partant la preuve testimoniale, quand il s'agit de simulation et de fraude à une loi d'ordre public (2). Nous

(1) Toulouse, 9 janvier 1820 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1877).
(2) Rejet, 14 novembre 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1684, 6°).

voudrions que ce principe fût inscrit dans la loi, mais nous l'y cherchons vainement. Les arrêts de la cour suprême, en cette matière, sont à peine motivés : elle se borne à citer l'article 1353, on dirait que cette disposition est claire comme le jour, tandis que les meilleurs auteurs avouent qu'elle est inexplicable.

602. Un mariage est annulé : les deux époux étant de mauvaise foi, les conventions matrimoniales et les donations faites par contrat de mariage viennent à tomber. Cela est certain quand la donation est faite ouvertement. Mais que faut-il décider si elle est déguisée sous la forme d'une reconnaissance de dot? Il a été jugé, conformément à la jurisprudence, que la simulation constituant une fraude à la loi pouvait être prouvée au moyen de simples présomptions, partant par témoins (1). La cour ne cite même pas l'article 1353. Quant à la fraude à la loi que la jurisprudence invoque comme un axiome, elle était très-douteuse dans l'espèce, en ce sens du moins qu'il s'agissait seulement d'une libéralité indirecte faite sous forme d'un contrat onéreux. Cependant la cour a bien jugé, car l'acte n'était pas attaqué par l'une des parties; dès lors l'article 1341 était hors de cause, car les tiers, comme nous allons le dire, peuvent toujours prouver la simulation par témoins.

2. A L'ÉGARD DES TIERS.

603. Les tiers peuvent attaquer un acte pour cause de simulation; on ne peut leur opposer l'article 1341 qui défend de recevoir aucune preuve par témoins contre le contenu à l'acte, car ils peuvent invoquer le bénéfice de l'exception établie par l'article 1348 : il ne leur a pas été possible de se procurer une preuve littérale de la simulation. Il n'y a pas à distinguer si la simulation est frauduleuse ou non; l'article 1348 est général, il reçoit son application toutes les fois que le demandeur s'est trouvé dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

(1) Poitiers, 10 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 2, 195).

La cour de cassation a donc raison de dire que le tiers qui attaque un acte pour cause de simulation n'est pas tenu de prouver que cet acte a été le résultat d'un concert frauduleux entre les parties, il est admis à établir la simulation par témoignages et par présomptions en vertu des articles 1348 et 1353 (1). D'ordinaire la simulation implique une fraude contre les tiers; dans ce cas, on rentre dans les principes qui régissent la fraude.

604. La jurisprudence a fait de nombreuses applications de ce principe; nous les mentionnerons rapidement; elles ne présentent aucune difficulté sérieuse. Un créancier saisit les biens de son débiteur; on lui oppose un acte de vente antérieur à la saisie, il est admis à prouver par témoins que la vente est simulée, que le bien appartient encore à son débiteur. Dans une espèce jugée par la cour de Bruxelles, le prétendu acquéreur objectait que le créancier étant l'ayant cause de son débiteur, ne pouvait être admis à une preuve que le débiteur lui-même ne peut faire. La cour de Bruxelles répond que le créancier qui attaque un acte de son débiteur comme simulé n'agit pas comme représentant du débiteur, il est tiers à l'acte; il a donc le droit qui appartient à tout tiers de prouver la simulation par témoins, parce qu'il ne lui a pas été possible de s'en procurer une preuve littérale (2).

L'article 841 donne aux héritiers le droit de retrait successoral, à charge de rembourser au cessionnaire le prix de la cession. Si le prix est simulé, le retrayant a le droit de prouver par témoins quel est le prix réel. Dans ce cas, la simulation est frauduleuse; les héritiers peuvent donc invoquer les articles 1348 et 1353 (3). Le droit des héritiers est incontestable, et la raison est d'accord avec le droit, comme le dit très-bien la cour de Paris : sans la faculté de prouver par tous les moyens possibles la fausseté du prix, le droit de retrait serait illusoire.

(1) Rejet, 31 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

(2) Bruxelles, 10 avril 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 101). Comparez Bordeaux, 22 janvier 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3114, 3°).

(3) Paris, 14 février 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4738, 7°). Liége, 14 août 1850 (*Pasicrisie*, 1851, p. 279).

Un contrat de mariage fait par un interdit contient une donation déguisée sous la forme d'un apport simulé. Après la mort du donateur, sa fille issue d'un premier lit demande la nullité du mariage et de la donation. La cour de Paris annula la clause du contrat de mariage relative à l'apport simulé. Sur le pourvoi en cassation il intervint un arrêt de rejet fondé sur ce que les tiers ont le droit de prouver la simulation et la fraude par témoins et par présomptions (1).

Les arrêts de la cour de cassation, en matière de simulation, ne sont guère motivés, et quand elle donne des motifs, ils sont très-contestables. Ainsi, dans une espèce où la donation était déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, la cour dit que la loi n'a soumis à aucune règle spéciale la preuve de l'existence des donations déguisées; que dès lors la preuve qu'un acte, en apparence onéreux, n'est qu'une libéralité déguisée peut être faite par témoins et par simples présomptions (2). Ne dirait-on pas, en lisant ce considérant, que la preuve testimoniale est la règle et qu'il faut une disposition exceptionnelle pour l'écarter? L'article 1341 contient, au contraire, une double prohibition; il défend notamment de prouver par témoins contre le contenu aux actes. Il faut repousser cette défense pour que l'on soit admis à la preuve testimoniale de la simulation; les tiers y sont admis parce qu'ils peuvent invoquer le bénéfice d'une exception, celle qui est écrite dans l'article 1348. Cela est élémentaire; raison de plus pour que les tribunaux et surtout la cour de cassation prennent la peine de fonder leurs décisions sur des principes et des textes incontestables (3).

SECTION IV. — Des présomptions.

605. « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait in-

(1) Rejet, 31 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 382).
(2) Rejet, 3 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 429); 12 avril 1865 (Dalloz, 1866, 1, 260).
(3) Toullier, t. V, 1, p. 162, n° 165. Duranton, t. XIII, p. 372, n° 338.

connu » (art. 1349). Ainsi la preuve résultant des présomptions consiste dans un simple raisonnement. Nous en avons vu un exemple dans les articles 1282 et 1283. La remise volontaire du titre par le créancier au débiteur fait présumer la remise de la dette ou le payement. Quel est le fait *connu?* C'est la remise du titre constatant la créance, remise que le créancier a faite au débiteur. Quel est le fait *inconnu?* C'est l'extinction de la dette. Par quel raisonnement le législateur tire-t-il du fait de la remise du titre la conséquence que le débiteur est libéré? Le raisonnement se fonde sur une probabilité qui touche à la certitude. Quand le créancier remet-il son titre au débiteur? Quand la dette est éteinte. Lors donc que le fait de la remise du titre est constant, la loi doit admettre que le débiteur est libéré. Où est le créancier qui se dépouillerait de la preuve littérale qu'il a contre son débiteur, en remettant son titre au débiteur lui-même, si la dette n'était pas éteinte?

606. Dans l'espèce, c'est la loi qui tire la conséquence du fait connu au fait inconnu. Parfois la loi permet au magistrat de se décider sur des présomptions (art. 1353); dans ce cas, c'est le juge qui établit la présomption, en tirant la conséquence d'un fait connu à un fait inconnu. Le procédé est toujours le même, c'est un raisonnement, que le législateur le fasse ou le juge. Mais la différence est grande entre les présomptions de la loi et les présomptions du magistrat. Le législateur est tout-puissant, il établit des présomptions quand il le juge convenable; le juge, au contraire, ne peut admettre des présomptions que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. C'est dire qu'en règle générale le magistrat ne peut pas invoquer des présomptions, il ne le peut que par exception, de même que la loi n'admet que par exception la preuve par témoins. L'effet de la présomption diffère aussi suivant que la présomption est légale ou abandonnée au magistrat. Aux termes de l'article 1352, la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Quand les présomptions de l'homme sont admissibles, c'est naturellement à la partie intéressée a

les faire valoir, sauf au juge à examiner si elles présentent les caractères que la loi exige. Enfin il y a des présomptions légales contre lesquelles nulle preuve n'est admise (art. 1352); tandis que la preuve contraire est de droit quand il s'agit de présomptions simples; c'est le nom que l'on donne d'ordinaire aux présomptions que la loi abandonne à la prudence du magistrat, on les appelle aussi présomptions de l'homme par opposition aux présomptions que la loi établit.

607. Nous avons fait souvent la remarque qu'il règne une singulière incertitude dans la doctrine et dans la jurisprudence en ce qui concerne les présomptions. Les principes, tels que nous venons de les résumer, sont cependant écrits dans la loi, et personne ne les conteste. Mais, dans l'application, les interprètes sont portés à confondre les présomptions de l'homme avec les présomptions de la loi. Les probabilités ne manquent point dans les débats judiciaires; il est assez naturel de se baser sur ces probabilités pour en induire des conséquences, ces conséquences deviennent des présomptions. Jusqu'ici l'interprète est dans son droit. Mais quand il a établi des présomptions, il cherche naturellement à les faire valoir pour décider la contestation; ici est le danger et l'écueil. Les présomptions de l'homme ne sont admises par la loi qu'à titre d'exception; on oublie que c'est une preuve exceptionnelle, et on l'allègue en considérant comme présomption de droit toutes celles qui n'ont d'autre fondement que des probabilités de fait. L'erreur est palpable. Il n'est pas permis à l'interprète de créer des présomptions de droit, ce seraient de vraies présomptions légales, et le législateur seul peut en établir. Comment se fait-il que l'interprète, oubliant son rôle, usurpe celui du législateur? La puissance de la tradition explique cette erreur. Notre science est essentiellement traditionnelle; il en résulte que les principes et les procédés du passé se transmettent souvent et se perpétuent, alors même qu'ils sont en opposition avec un nouvel ordre de choses. Dans l'ancien droit, l'interprète était à certains égards législateur. Il n'y avait point de code, les coutumes étaient insuffisantes, le droit

romain n'avait que l'autorité de la raison écrite; dans cet état de choses, les jurisconsultes avaient une grande latitude pour la déduction de leurs principes; de même que les jurisconsultes romains, ils faisaient le droit tout en l'interprétant. Voilà pourquoi on rencontre tant de présomptions dans notre ancienne jurisprudence (1). Les auteurs modernes et les magistrats ont marché dans la même voie, sans s'apercevoir que la publication des codes avait limité et, en un certain sens, amoindri leur position; ils ne sont plus des législateurs, ils ne font plus le droit, ils ne sont plus que les organes et les interprètes de la loi. Qu'ils se contentent de cette mission! Il ne leur est donc plus permis de créer des présomptions, la loi a seule a ce pouvoir. Sous l'empire de nos codes, les interprètes ne peuvent plus admettre d'autres présomptions de droit que celles que la loi établit. Quant aux présomptions de l'homme, elles ne sont admises que par exception; donc avant de recourir à des présomptions, il faut voir si l'on se trouve dans un des cas où, par exception, la loi admet les présomptions de l'homme. Hors ces cas, les présomptions doivent être écartées. Nous avons eu soin de relever les erreurs qui abondent en cette matière, et nous le ferons encore; pour le moment, nous n'avons qu'à exposer les principes, et ils sont très-simples.

§ Ier. *Des présomptions légales.*

N° 1. QUAND Y A-T-IL PRÉSOMPTION LÉGALE?

608. L'article 1350 donne la définition de la présomption légale en ces termes : « Les présomptions légales sont celles qui sont attachées par une *loi spéciale* à *certains actes* ou à *certains faits.* » Tous les termes de cette définition sont restrictifs; nous en faisons la remarque parce que la doctrine et la jurisprudence l'ont bien souvent oublié. Il faut d'abord qu'il y ait une *loi* pour qu'il

(1) Larombière, t. V, p. 5, n° 3 de l'article 1350 (Ed. B., t. III, p. 223).

puisse être question d'une présomption légale; cela est d'évidence. Il en résulte qu'il n'appartient pas à l'interprète de créer des présomptions, ce serait faire la loi, et sa mission se borne à l'expliquer et à l'interpréter. Le code ne se contente pas de dire qu'il faut une loi, il exige une loi *spéciale*. Pourquoi la loi doit-elle être spéciale? Le législateur a voulu prévenir que l'on n'admît des présomptions par voie de déduction et d'analogie. Il n'y a pas de présomption légale sans un texte formel qui l'établisse; les présomptions sont donc de la plus stricte interprétation, les motifs d'analogie ne suffisent pas pour les étendre à des cas non prévus; y eût-il identité de motifs, cela ne suffirait point pour admettre une présomption légale, car l'identité de motifs n'est pas un texte spécial. C'est pour qu'il n'y eût aucun doute sur ce point que le code a ajouté que la présomption légale est attachée par la loi à *certains actes* ou à *certains faits*. Hors de ces actes et de ces faits que le législateur détermine, il ne saurait y avoir de présomption légale. La question de savoir quand il y a présomption légale est donc très-simple si l'on s'en tient à la définition : il faut une loi *spéciale* qui l'établisse en déterminant les *faits* ou les *actes* auxquels elle l'attache.

609. Après avoir défini les présomptions légales, l'article 1350 ajoute : « Tels sont : 1° les actes que la loi déclare nuls comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. » La loi établit des incapacités de recevoir à titre gratuit; là où il y a une incapacité, l'on doit s'attendre à ce que les parties intéressées cherchent à l'éluder en donnant à l'incapable par des personnes interposées; et pour être sûr que la personne interposée remettra la libéralité à celle que le disposant a voulu gratifier, on choisit les plus proches parents ou alliés; en conséquence la loi frappe de nullité les dispositions faites au profit de l'incapable sous le nom des personnes qu'elle répute interposées : ce sont les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. C'est une des présomptions les plus fortes, car elle n'admet pas de preuve contraire, d'après

l'article 1352. Il en résulte que les personnes présumées interposées sont elles-mêmes frappées d'incapacité. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations et Testaments*.

La loi défend aux époux qui ont des enfants d'un autre lit de donner à un nouveau conjoint plus qu'une part d'enfant, le moins prenant, sans que jamais ces donations puissent excéder le quart des biens; elle leur défend de donner indirectement au delà de ce qu'elle permet de donner directement; toute donation faite à personnes interposées est nulle. Sont réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation (art. 1099 et 1100). Le motif de cette présomption d'interposition est le même que celui que nous venons d'indiquer; nous renvoyons, pour les détails, au titre qui est le siége de la matière.

610. L'article 1350 cite comme second exemple « les cas où la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. » Au titre des *Servitudes*, on trouve des présomptions que le législateur a établies pour prouver la propriété en matière de choses mitoyennes. Tout mur servant de séparation entre bâtiments, entre cours et jardins, ou entre enclos est présumé mitoyen. Cette présomption de mitoyenneté est combattue par une présomption contraire de non-mitoyenneté; l'article 654 détermine les marques qui constituent une preuve de propriété exclusive pour celui qui peut les invoquer. Les articles 666 et 670 contiennent des dispositions analogues. Cette matière a été expliquée au titre des *Servitudes*.

Nous rencontrerons encore une présomption de propriété au titre du *Contrat de mariage*. Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, tout immeuble possédé par eux est réputé acquêt de communauté s'il n'est prouvé qu'il appartient à l'un d'eux. Nous reviendrons sur cette présomption au titre qui est le siége de la matière (art. 1402). Il y a encore une présomption

de propriété dans les articles 552, et 553 qui ont été expliqués ailleurs.

Il y a aussi des présomptions de libération : les articles 1282 et 1283 établissent une présomption de libération en faveur du débiteur à qui le créancier remet volontairement le titre original sous seing privé, ou la grosse du titre authentique qui constate sa créance. Nous avons expliqué le sens et la portée de ces présomptions. L'article 1908 contient aussi une présomption libératoire : la quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait présumer le payement et en opère la libération. Dans l'ancien droit, il y avait d'autres présomptions analogues que les auteurs du code civil n'ont pas maintenues (1). Le législateur est très-sobre de présomptions; les interprètes auraient dû suivre cet exemple et s'abstenir d'imaginer des présomptions que la loi ignore. C'est un genre de preuve assez chanceux, puisqu'il ne résulte que d'un raisonnement fondé sur une probabilité. La preuve implique la certitude, et les probabilités, quelque fortes qu'on les suppose, ne donnent jamais la certitude.

611. Le troisième exemple que l'article 1351 donne est celui de l'autorité que la loi attribue à la chose jugée. Nous traiterons cette matière après que nous aurons exposé les principes qui régissent les présomptions.

L'article 1351 donne comme dernier exemple « la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. » Ceci est une erreur qu'un autre article du code sert à corriger. L'article 1316, qui énumère les preuves, place l'aveu et le serment à côté des présomptions et de la preuve testimoniale et littérale comme des moyens légaux de preuve; tandis que, d'après l'article 1350, 4°, l'aveu et le serment se confondraient avec les présomptions. Il y a contradiction entre les deux dispositions; c'est à celle de l'article 1316 qu'il faut s'en tenir. L'aveu n'est pas une présomption, c'est une preuve directe, et la plus directe que l'on puisse imaginer, puisque c'est la partie intéressée elle-même qui reconnaît la vérité du fait litigieux; il

(1) Duranton, t. XIII, p. 462, n° 432 et p. 465, n° 433.

n'y a là aucun raisonnement, pas de fait connu d'où l'on déduit une conséquence à un fait inconnu. Il en est de même du serment; c'est aussi une affirmation directe émanée de la partie intéressée, affirmation à laquelle celui qui défère le serment a déclaré d'avance ajouter foi; il n'y a pas de raisonnement dans le serment, pas de conséquence que l'on déduise d'un fait connu à un fait inconnu, donc pas de présomption.

612. L'article 1350 donne seulement des exemples de présomptions légales : il ne les énumère pas toutes. Nous nous bornons à citer les dispositions du code civil qui les établissent; ce sont les articles 1, 312, 314 et 315, 472, 720-722, 847 et 849, 918, 2230, 2231, 2234 et 2268. Nous avons expliqué la plupart de ces présomptions : nous expliquerons les autres au titre de la *Prescription*.

Nº 2. FORCE PROBANTE DES PRÉSOMPTIONS LÉGALES.

I. *Règle applicable à toutes les présomptions légales.*

613. Aux termes de l'article 1352, « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. » La présomption légale est une preuve que la loi établit; celui qui l'invoque n'a donc rien à prouver. Cela ne veut pas dire qu'il obtienne nécessairement gain de cause. Il n'a pas à prouver le fait qui est établi par une présomption de la loi. Je demande la nullité d'une donation faite au conjoint d'un incapable. Qu'est-ce que je dois prouver? L'incapacité de celui à qui la libéralité s'adresse par personne interposée. Dois-je aussi prouver l'interposition de personne, en ce sens que je doive établir que le conjoint de l'incapable est personne interposée? Non, le fait de l'interposition est prouvé par la présomption de la loi; je n'ai donc qu'à citer l'article 911 qui établit cette présomption. Ce n'est pas à dire que le procès soit terminé. Il faut voir encore si la présomption admet la preuve contraire; si cette preuve est admise, je serai obligé de la combattre pour obtenir gain de cause. Et alors même que la preuve contraire n'est pas admise,

la partie à laquelle j'oppose la présomption peut me déférer le serment ou me faire interroger sur faits et articles; je puis donc perdre mon procès, malgré la présomption légale que j'ai invoquée.

La règle établie par le premier alinéa de l'article 1352 est générale, elle s'applique à toute présomption légale; cela résulte du texte de la loi qui ne distingue point, cela résulte encore de l'essence même de la présomption; quand le législateur lui-même déclare que le fait litigieux est prouvé, la partie intéressée à se prévaloir de ce fait n'a plus rien à prouver.

614. Quand la loi dit que la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe, cela ne signifie pas que le demandeur n'a qu'à citer le texte du code qui établit la présomption. Le texte est une disposition abstraite, celui qui l'invoque doit prouver qu'il est dans le cas prévu par la loi, c'est-à-dire que la présomption existe en sa faveur; l'article 1352 lui-même le dit, et le bon sens le dirait à défaut de la loi. Il résulte de là une conséquence très-importante, c'est que la partie intéressée doit prouver que les diverses circonstances qui constituent la présomption existent. Nous en avons vu un exemple qui donne lieu à de grandes difficultés. L'article 1282 porte que la remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur fait preuve de la libération. En quoi consiste la présomption? Elle implique l'existence de divers éléments. Il faut d'abord qu'il y ait remise du titre original, c'est-à-dire que le créancier soit dessaisi par la tradition du titre; cette remise doit être volontaire; en troisième lieu, la remise doit émaner du créancier, et enfin elle doit être faite au débiteur. C'est la réunion de ces quatre circonstances qui constitue la présomption; donc le débiteur qui l'invoque doit prouver les éléments sans lesquels il n'y a pas présomption de libération; ce n'est qu'après avoir fait cette preuve qu'il pourra dire qu'il est libéré en vertu de la présomption de l'article 1282. La preuve n'est pas toujours aussi difficile. Si je demande la nullité d'une donation, faite à un incapable par l'intermédiaire d'une

personne présumée interposée, le fait d'interposition se prouvera très-facilement; il suffira d'alléguer la loi et d'établir que la libéralité est faite à l'une des personnes que la loi répute interposées.

Le principe n'est pas contesté et il n'est pas contestable, puisqu'il est écrit dans le texte de la loi (1). Quant aux difficultés que présente l'application du principe au cas prévu par l'article 1282, nous les avons examinées (2).

II. *Les présomptions légales admettent-elles la preuve contraire?*

615. Il y a des présomptions légales qui admettent la preuve contraire, tandis qu'il y en a d'autres qui ne l'admettent pas. C'est la vieille distinction que l'on fait à l'école, dans un langage baroque, entre les présomptions *juris et de jure*, contre lesquelles aucune preuve n'est admise, et les présomptions *juris tantum*, qui admettent la preuve contraire. L'article 1352 consacre implicitement la distinction. Reste à savoir comment on peut distinguer les deux espèces de présomptions : la règle est-elle que la preuve contraire est admise? ou est-elle que la preuve contraire n'est pas admise? L'article 1352 répond à la question : « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice. » Ainsi la loi détermine les cas dans lesquels les présomptions légales n'admettent point la preuve contraire, c'est lorsqu'elle annule un acte sur le fondement de la présomption qu'elle établit, ou lorsque, sur le fondement d'une présomption, elle dénie l'action en justice. De là suit que toutes les autres présomptions légales admettent la preuve contraire. Donc la preuve contraire est la règle, et l'exclusion de la preuve contraire est l'ex-

(1) Nous laissons de côté une fausse théorie que Toullier a empruntée à d'anciens auteurs. Marcadé l'a réfutée, et l'opinion de Toullier est toujours restée isolée (Marcadé, t. V, p. 212, n° I de l'article 1252).

(2) Duranton, t. XIII, p. 441, n° 413. Aubry et Rau, t. VI, p. 330 et note 4, § 750.

ception. Dira-t-on que cet argument est tiré du silênce de la loi et que les arguments que l'on appelle *à contrario* n'ont pas grande valeur? Nous répondons que la règle que nous déduisons du texte de l'article 1352 découle des principes généraux de droit ; en effet, elle forme le droit commun, toute preuve admet la preuve contraire, car aucune ne constitue une certitude absolue, il faut donc permettre à la partie intéressée de combattre la preuve qu'on lui oppose : c'est par ces débats contradictoires que la vérité se fait jour. Ainsi l'acte authentique fait pleine foi, aux termes de l'article 1319 ; néanmoins la preuve qui en résulte peut être combattue tantôt par l'inscription en faux, tantôt par toute preuve contraire. Donc on peut toujours prouver contre la plus forte des preuves, celle qui résulte de l'authenticité de l'acte. A plus forte raison la loi a t-elle dû admettre la preuve quand il s'agit de présomptions. C'est une preuve bien moins certaine que celle qui résulte de l'acte authentique; elle ne se fonde que sur une probabilité et sur un raisonnement du législateur. Celui à qui l'on oppose une probabilité doit être admis à prouver que la probabilité est en défaut et la vérité doit l'emporter sur une simple probabilité (1).

616. Toute présomption légale admet donc en principe la preuve contraire, sauf les exceptions consacrées par l'article 1352. Qu'est-ce que cette preuve contraire que l'on peut opposer à la présomption légale? Il faut répondre que toute espèce de preuve admise par la loi est recevable. Tel est le droit commun. Faire la preuve contraire, c'est prouver, et comment prouve-t-on? L'article 1316 répond à la question : par la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu et le serment. Il n'y a aucun doute pour le serment et l'aveu, puisque la loi permet même de les invoquer contre les présomptions qui n'admettent point la preuve contraire. On n'a jamais contesté que la preuve littérale puisse être opposée à des présomptions légales. Quant à la preuve

(1) Duranton, t. XIII, p. 435, n° 412. Toullier, t. V, 2, p. 83, n° 43. Aubry et Rau, t. VI, p. 330, note 5, § 750.

testimoniale, la loi la défend contre et outre le contenu aux actes : *Lettres passent témoins*. Mais la loi ne dit pas que les présomptions légales l'emportent sur les témoignages; de sorte que l'on peut combattre les présomptions par la preuve testimoniale, bien entendu dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale; ainsi quand la chose ne dépasse pas 150 francs, ou lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, ou que le demandeur a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale du fait litigieux. Restent les présomptions : peut-on combattre une présomption légale par une présomption dite de l'homme? L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, les présomptions de l'homme sont admises dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale; or, les témoignages peuvent être invoqués contre les présomptions légales, donc on peut aussi leur opposer de simples présomptions. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Toullier enseigne l'opinion contraire; nous croyons inutile de la combattre, elle est restée isolée et elle n'a d'appui ni dans la tradition, ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. C'est une de ces questions qui n'auraient jamais dû être controversées.

Quand on dit que les présomptions légales peuvent être combattues par la preuve contraire, cela veut dire que le fait litigieux peut être établi par une preuve légale qui, si elle est faite, l'emporte sur la présomption de la loi. Il ne faut donc pas croire que l'on soit admis à prouver que le législateur s'est trompé en établissant la présomption, c'est-à-dire en tirant une fausse conséquence d'un fait connu à un fait inconnu; le raisonnement reste debout et on ne l'attaque point, mais on combat la probabilité qui résulte de la présomption. C'est en confondant ces deux ordres d'idées que Toullier est arrivé à la conclusion que la présomption légale ne peut être combattue par des présomptions de l'homme (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 331 et note 6, § 750. Marcadé, t. V, p. 217, n° IV de l'article 1352. Nîmes, 22 mai 1819 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 142). Rejet, chambre civile, 24 février 1846 (Dalloz, 1846, 1. 98).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 331, note 7. Marcadé, t. V, p. 219.

617. Quelles présomptions n'admettent point la preuve contraire? Remarquons d'abord que l'article 1352 s'exprime d'une manière trop absolue en disant: *nulle* preuve n'est admise; la fin de l'article corrige ce que le commencement a d'inexact, en ajoutant : sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire. La question doit donc être posée avec cette réserve, qu'alors même que la loi interdit la preuve contraire, elle permet néanmoins de se prévaloir de l'aveu et du serment contre la présomption légale.

L'article 1352 repousse la preuve contraire ainsi entendue, d'abord lorsque la loi annule un acte sur le fondement de la présomption qu'elle établit. Il y avait dans le titre préliminaire du code civil une disposition qui établissait le même principe et qui en fait connaître le motif. « Lorsque la loi, à raison des circonstances, aura réputé frauduleux certains actes, on ne sera pas admis à prouver qu'ils ont été faits sans fraude. » Au premier abord, on s'étonne d'une pareille rigueur. De droit commun, la preuve contraire est toujours admise; pourquoi la loi la refuse-t-elle quand il s'agit d' un acte qu'elle répute frauduleux? C'est, dit Portalis, que la loi craint la fraude et la veut prévenir. Or, si elle admettait la preuve contraire, il se pourrait qu'un acte réellement frauduleux fût maintenu, et l'intérêt public veut que les dispositions des lois ne puissent jamais être éludées (1).

Il y a cependant une grave objection contre cette rigueur, c'est qu'elle peut conduire à une injustice en annulant comme frauduleux un acte qui est fait sans fraude. Je fais une donation à la femme de mon médecin; la loi la répute faite à l'incapable et la frappe de nullité comme étant faite en fraude de ses dispositions. Il se trouve cependant que la femme est séparée de corps de son mari; l'inimitié qui règne entre eux ne permet pas de supposer que la femme soit une personne interposée pour faire parvenir la libéralité au mari, tandis que de longues relations d'amitié expliquent et justifient la donation faite à la

(1) Portalis, premier exposé de motifs, n° 4 (Locré, t. I, p. 235).

femme. Pourquoi la loi ne permet-elle pas de prouver que la donation réputée frauduleuse ne l'est pas, alors que les circonstances de la cause protestent contre toute pensée de fraude? C'est que la preuve contraire, outre qu'elle est toujours incertaine, comme toutes les preuves judiciaires, pourrait elle-même devenir une occasion de fraude. Il est possible qu'en rejetant la preuve contraire, la loi entraîne une injustice en certains cas qui seront toujours rares; mais le législateur a craint que l'admission de la preuve contraire n'entraînât un inconvénient plus grave, celui de prêter la main à la fraude; or, le respect dû à la loi est le premier de tous les intérêts (1).

618. En second lieu, la preuve contraire n'est pas admise lorsque la loi sur le fondement de la présomption dénie l'action en justice (art. 1352). Quand la loi dénie-t-elle l'action en justice? L'expression est singulière; il ne faut pas la prendre à la lettre. Jamais la loi n'interdit l'action en justice, en ce sens qu'elle défende d'introduire une action devant les tribunaux; ce serait un déni de justice. Mais il y a des cas où la loi donne au défendeur une exception péremptoire contre la demande; dans ce cas, le demandeur est repoussé au moment même où il agit; en ce sens, la loi lui dénie une action efficace, car à peine est-elle formée, qu'elle tombe. Le rapporteur du Tribunat donne comme exemple le cas prévu par l'article 1282. La remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur fait preuve de la libération. Pourquoi? La loi présume que le créancier n'aurait pas remis volontairement le titre original si le débiteur n'avait pas été libéré. Mais, continue Jaubert, la loi ayant dit que la remise volontaire faisait preuve de la libération, il s'ensuit que l'obligation est éteinte et, par conséquent, que l'action en justice doit être déniée à l'ancien propriétaire du titre; il en résulte aussi que cet ancien propriétaire ne peut être admis à prouver que la remise volontaire du titre n'a pas opéré sa libération (2).

(1) Toullier, t. V, 2, p. 37, nos 50 et 51.
(2) Jaubert, Rapport, n° 32 (Locré, t. VI, p. 235).

Le rapporteur du Tribunat ne dit pas pourquoi la loi refuse, dans ce cas, la preuve contraire. Il y a un motif analogue à celui que nous venons de donner dans la première hypothèse prévue par l'article 1352. Pourquoi la loi dénie-t-elle l'action en justice? Si l'expression est singulière, elle est aussi énergique. La loi ne veut pas qu'il y ait un procès. Dès lors elle ne pouvait pas permettre la preuve contraire, car le demandeur aurait toujours demandé à la faire ; or, il y aurait contradiction à défendre de plaider et à permettre de plaider ; par cela même que l'exception est péremptoire, elle doit avoir pour effet d'arrêter le procès à son début. Il est vrai qu'il pourra en résulter une injustice ; si, malgré la remise volontaire du titre au débiteur, le créancier n'a pas libéré le débiteur, on le privera de sa créance en lui défendant de prouver que la dette subsiste. Mais cet inconvénient très-rare est moindre que l'abus auquel aurait donné lieu la preuve contraire si on l'avait admise : prévenir les procès, c'est un intérêt général et cet intérêt doit l'emporter sur l'intérêt particulier.

619. Telle est la théorie du code. A notre avis, elle est sujette à critique. Nous comprenons que la loi sacrifie un intérêt particulier à un intérêt général, mais nous n'admettons pas que la loi sacrifie le droit des particuliers à l'intérêt de la société. Le premier intérêt de la société et le plus grand, c'est que les droits des individus soient garantis : c'est un des fondements de l'ordre social. Donc si un homme prétend avoir un droit, il faut lui permettre de le faire valoir en justice. Qu'importe que quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent le procès ne soit pas fondé? Il suffit qu'une fois sur cent la loi refuse de faire justice, pour condamner une théorie qui aboutit à légitimer l'iniquité. Quant aux plaideurs téméraires, il y a d'autres moyens de les punir.

620. Le législateur lui-même a apporté une exception à la rigueur du principe qu'il pose. D'abord, dit l'article 1352, on est admis à prouver contre la présomption lorsque la loi réserve la preuve contraire. On a fait la remarque que le code ne réserve jamais la preuve con-

traire dans la première hypothèse prévue par l'article 1352, c'est-à-dire lorsque, sur le fondement de la présomption de fraude, la loi annule l'acte présumé frauduleux. Quant à la seconde hypothèse, on cite un seul exemple, celui de l'article 1283, où la loi, tout en accordant une exception péremptoire au débiteur, permet au créancier de prouver que la dette subsiste. Nous avons dit ailleurs le motif de cette réserve (1).

621. L'article 1352 contient une seconde restriction au principe qui défend toute preuve contre certaines présomptions : « Et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. » Quel est le sens de cette réserve? Il y a controverse. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur; il repousse, en règle générale, la preuve contraire à certaines présomptions, mais il permet de la combattre par le serment et l'aveu judiciaires. Le mot *sauf* marque une exception, l'article entend donc déroger au principe qu'il établit. Quel est ce principe? C'est que *nulle preuve* n'est admise contre certaines présomptions. L'exception doit donc signifier qu'il y a des preuves qui sont admises contre les présomptions. Quelles sont ces preuves? Le serment et l'aveu. Ce qui a donné lieu à un doute, c'est que la loi est singulièrement rédigée. Au lieu de dire : « Nulle preuve, sauf le serment et l'aveu, n'est admise contre la présomption de la loi, » le code commence par dire en termes absolus que nulle preuve n'est admise, ce qui exclut l'aveu et le serment. Puis elle ajoute une réserve quant au serment et à l'aveu, et elle le fait sous forme de renvoi à ce qui sera dit relativement à l'aveu et au serment dans les sections IV et V. Or, dit-on, dans ces sections il n'est rien dit de la preuve contraire à une présomption de la loi. On en conclut qu'il faut s'en tenir à la prohibition absolue de toute preuve contraire, qui est bien clairement établie au commencement de l'article.

Cette interprétation de l'article 1352 est inadmissible, puisqu'elle aboutit à effacer de la loi les mots : *Sauf ce*

(1) Duranton, t. XIII, p. 437, n° 413.

qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. Est-il vrai que les sections qui traitent de l'aveu et du serment ne contiennent aucune disposition qui serve à expliquer le renvoi qui se trouve à la fin de l'article 1352? L'article 1356 porte que l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait, donc l'aveu judiciaire peut toujours et dans tous les cas être opposé au demandeur. En ce sens l'aveu est admis pour combattre la présomption, et rien de plus logique : l'aveu est la vérité reconnue par celui-là même qui avait intérêt à la contester, tandis que la présomption, quelque forte qu'elle soit, n'est jamais qu'une probabilité. Il en est de même du serment; le premier article de la section V, qui traite du serment décisoire, dit qu'il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. Or, dès qu'il y a procès, il y a contestation, alors même que l'une des parties invoquerait une présomption qui exclut la preuve contraire; malgré cela, la partie intéressée à combattre la présomption peut déférer le serment à celle qui l'invoque. On ne peut pas même dire que ce soit combattre la présomption de la loi, car celui qui défère le serment n'affirme rien, il déclare s'en rapporter à l'affirmation de la partie adverse.

C'est ce caractère particulier du serment et de l'aveu qui explique la réserve que la loi fait pour ces deux espèces de preuve : l'une et l'autre remettent la décision du procès à celui qui invoque la présomption; de quoi se plaindrait-il? Le débiteur que je poursuis m'oppose la présomption de libération établie par l'article 1282; je lui défère le serment décisoire. Vous prétendez être libéré, lui dis-je. Eh bien, prêtez serment que vous êtes libéré et je vous tiens quitte. Je vous remets la décision du procès. Ou j'invoque un aveu contre celui qui se prévaut de la présomption de libération : il a déclaré en justice que la dette n'était pas éteinte; de quoi se plaindrait-il si je lui oppose son aveu? C'est lui-même qui décide le procès (1).

(1) Duranton, t. XIII, p. 442, nos 414-416. Aubry et Rau, t. VI, p. 332, note 11, § 750. Colmet de Santerre, t. V, p. 641, n° 329 *bis*. Rejet, chambre civile, 13 janvier 1875 (Dalloz, 1875, 1, 117). En sens contraire, Larombière, t. V, p. 375, art. 1352, n° 11 (Éd. B., t. III, p. 297).

622. L'application de cette réserve souffre quelque difficulté dans les cas où la loi annule certains actes présumés frauduleux. Quand c'est le donateur lui-même qui attaque la libéralité, le donataire peut lui déférer le serment ou le faire interroger sur le point de savoir si la libéralité est faite en réalité au profit du donataire; certes le donateur ne peut pas se plaindre si l'on s'en rapporte à sa déclaration, et cette déclaration, si elle est favorable au donataire, doit l'emporter sur la probabilité qui résulte d'une présomption. Mais d'ordinaire l'action en nullité est intentée par les héritiers : le donataire peut-il leur déférer le serment ou les faire interroger sur faits et articles? La question est controversée. A notre avis, elle est décidée par les termes généraux de l'article 1352 : la loi admet le serment et l'aveu contre les deux espèces de présomptions qui, en général, n'admettent pas la preuve contraire; donc il faut permettre au donataire d'invoquer le bénéfice de cette exception dans tous les cas. On objecte que les faits sur lesquels porterait l'interrogatoire ou le serment ne leur sont point personnels. Quant à l'aveu, l'objection est sans valeur; les héritiers sont libres de ne rien avouer, et ils n'avoueront rien quand ils ne savent rien. Quant au serment, l'article 1359 dit qu'il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. Or, le fait litigieux, dit-on, n'est pas personnel aux héritiers, car ils ne représentent pas le défunt en tant qu'ils attaquent les libéralités frauduleuses faites par leur auteur. Cela est vrai, mais rien n'empêche de leur déférer le serment sur le point de savoir s'ils savent que la libéralité a été faite au donataire en titre (1).

623. La réserve concernant l'aveu et le serment ne s'applique pas à toutes les présomptions légales. Il y a des présomptions d'ordre public pour lesquelles il ne peut y avoir ni serment ni aveu, parce qu'elles portent sur des matières dans lesquelles ces genres de preuve ne sont pas

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 333, note 12, § 750. Larombiere rejette dans tous les cas le serment et l'aveu (t. V, p. 372, n° 10 de l'art. 1352 (Ed. B., t. III, p. 296)

admissibles, comme nous le dirons en traitant de l'aveu et du serment. On ne peut pas non plus déférer le serment ni faire interroger sur faits et articles lorsque la présomption est d'ordre public. Telle est la présomption de chose jugée. Vainement celui qui a obtenu gain de cause déclarerait-il que la décision est erronée, elle n'en serait pas moins présumée être la vérité; car, en établissant cette présomption, le législateur ne s'est point dissimulé que les juges pourraient se tromper, c'est précisément à raison de cette possibilité d'erreur qu'il a créé la présomption de vérité; cette présomption n'est donc pas ébranlée par la déclaration que ferait la partie intéressée que le jugement est erroné (1).

§ II. *Des présomptions de l'homme.*

N° 1. QUAND SONT-ELLES ADMISSIBLES?

624. D'après l'article 1353, les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales. C'est dire que les présomptions de l'homme sont une preuve exceptionnelle et presque suspecte, comme l'est la preuve par témoins. Quelle est la raison de ce principe? On dit que la loi, en ordonnant qu'il soit dressé acte des conventions qui excèdent la somme de 150 francs, a eu surtout pour but d'empêcher la multiplicité des procès; or, elle n'atteindrait pas son but si la partie qui n'a pas d'écrit était admise à prouver sa prétention par de simples présomptions (2). Cela n'est pas tout à fait exact. Ce n'est pas la multiplicité des procès que la loi a voulu prévenir, c'est la longueur et les frais des procédures auxquelles donne lieu l'audition des témoins. Ce motif est inapplicable aux présomptions; c'est certes la preuve

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 641, n° 329 *bis*.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 861, n° 1636.

la moins frayeuse et la plus simple, puisqu'elle consiste en un raisonnement. La prohibition de la preuve testimoniale est encore fondée sur un autre motif également étranger aux présomptions, c'est la crainte des faux témoignages. Reste l'incertitude des témoignages, c'est le motif juridique pour lequel les auteurs du code ont voulu que des actes fussent dressés : *lettres passent témoins*. Or, la preuve par présomptions est également incertaine; elle consiste en probabilités, c'est une preuve bien vague, alors que la loi veut la certitude. Puis les présomptions de l'homme donnent aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, ce qui est contraire à l'esprit de notre législation moderne; le législateur a voulu abandonner le moins possible à l'arbitraire du juge; or, tout serait devenu arbitraire si la loi lui avait permis de décider d'après les présomptions qui sont nécessairement abandonnées à son appréciation; si les présomptions étaient une preuve de droit commun, elles auraient absorbé toutes les autres preuves, rien n'étant plus facile que de juger d'après les faits et circonstances de la cause.

625. L'article 1353 dit que le juge ne doit admettre les présomptions que dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales. Il faut entendre cette disposition en ce sens que les présomptions sont prohibées dans les cas où la loi prohibe la preuve testimoniale, et que les présomptions sont admises dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, soit comme règle, à raison de la valeur pécuniaire du litige ou de la nature du fait litigieux, soit comme exception quand il y a un commencement de preuve par écrit, ou qu'il a été impossible à la partie intéressée de se procurer une preuve littérale (1). Le principe est simple et clair; il nous permet de passer rapidement sur les débats auxquels l'application de la loi a donné lieu.

626. Les faits purs et simples peuvent se prouver par témoins, quel que soit le montant pécuniaire du litige (n° 407). Par application du principe de l'article 1353, il

(1) Duranton, t. XIII, p. 573, n° 531.

faut décider que l'on est admis à faire la preuve par présomptions de tous les faits matériels. Ainsi les faits qui constituent les causes déterminées du divorce et de la séparation de corps peuvent être prouvés par témoins : l'adultère, et les sévices, excès ou injures graves (1).

Il en est de même des faits de possession qui servent de base à la prescription. La possession immémoriale ne peut guère s'établir que par des présomptions, les témoignages faisant défaut après un certain laps de temps (2).

627. Quand la chose n'excède pas la somme ou la valeur de 150 francs, la preuve testimoniale est admise comme règle. Il a été jugé, par application de l'article 1353 combiné avec l'article 1341, que l'on peut prouver par témoins le payement d'une redevance annuelle moindre de 150 francs (3).

Lorsque la chose excède la somme de 150 francs, la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions ne sont plus admises. Les payements se font souvent sans quittance; les tribunaux sont tentés, dans ce cas, d'admettre les présomptions qui peuvent paraître décisives. Des affaires multipliées se font entre le créancier et le débiteur, et celui-ci fait des payements considérables; le créancier aurait pu, s'il l'avait voulu, retenir en compte le montant de l'obligation litigieuse; au lieu de cela, il attend la mort de son débiteur pour réclamer la dette contre les héritiers. Le premier juge décida, en se fondant sur ces présomptions, que la dette était éteinte. Cette décision a été cassée, et elle devait l'être : c'est une présomption de payement, dit la cour; mais le juge ne peut invoquer des présomptions que dans les cas où la preuve testimoniale est admise; or, dans l'espèce, elle ne l'était point (4).

Un sous-locataire paye les loyers échus entre les mains du locataire; le tribunal en induit, par voie de présomp-

(1) Rejet, 15 novembre 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 264, 2°).
(2) Rejet, de la cour de cassation de Belgique, 27 juillet 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 1, 291).
(3) Rejet, 6 mars 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5035).
(4) Cassation, 29 juillet 1817 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5028, 1°). Comparez Cassation, 30 mars 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5019).

tion, qu'il a aussi payé au locataire les loyers antérieurs. C'était violer l'article 1341, qui devait recevoir son application à l'espèce, puisque la somme excédait 150 francs; quant à l'article 1353, il était inapplicable, puisque la preuve testimoniale n'était pas admissible (1).

Ce qui est vrai du payement est vrai, par identité de raison, des conventions. La vente ne peut être prouvée par témoins, quand même le juge aurait la conviction qu'elle a réellement été contractée (2). Il en est de même d'une société civile : telle est une société ayant pour but l'exploitation en commun de la ferme de droits de ville (3).

628. La cour de cassation a admis une exception à ces principes. Dans l'espèce, la demande n'était appuyée, dit la cour, que sur de simples allégations sans titre aucun; elle en conclut que le premier juge n'était point assujetti à rechercher les preuves de la libération dans des quittances, qu'il pouvait les puiser dans les circonstances de la cause (4). Cette décision nous paraît contraire à tout principe. La réclamation n'était-elle fondée que sur de simples allégations, la cour d'appel aurait dû la rejeter, puisque affirmer n'est pas prouver. Que si la demande était prouvée, et il faut bien le supposer, puisque le débat portait sur la preuve de la libération, dans ce cas, il fallait un écrit, les présomptions n'étant pas admissibles alors que la preuve testimoniale ne l'est point.

629. La seconde règle établie par l'article 1341 s'applique aussi aux présomptions : il n'est reçu aucune preuve par présomptions contre et outre le contenu aux actes. Si lettres passent témoins, l'écrit doit aussi l'emporter sur les présomptions; car d'où se tirent les présomptions? Des faits et circonstances de la cause, c'est-à-dire de ce qui s'est passé entre les parties, de ce qui a été dit avant, lors ou depuis les actes; or, quand les parties ont dressé un écrit de leurs conventions, cet écrit mérite plus de foi que des raisonnements appuyés sur des

(1) Cassation, 18 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 311).
(2) Bourges, 11 avril 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5026, 1°).
(3) Nîmes, 27 mai 1851 (Dalloz, 1854, 2, 43).
(4) Rejet, 7 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5029).

probabilités résultant de faits depuis longtemps accomplis. Il existe des quittances de trois années de bail; un tribunal décide que le bailleur n'a rien reçu, en se fondant sur des conjectures résultant de faits antérieurs et postérieurs auxdites quittances. C'était une contravention formelle à la loi, le jugement a été cassé (1).

Par application du même principe, la cour de cassation a cassé un arrêt qui avait annulé une obligation établie par un billet non causé. L'arrêt attaqué alléguait comme motif que le demandeur ne justifiait pas la cause de la dette, ce qui était contraire à l'article 1132, aux termes duquel la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. L'arrêt invoquait ensuite de vagues présomptions, ce qui était en opposition avec les articles 1353 et 1341 (2).

630. Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale est admissible et, par suite, les présomptions. La cour de cassation a jugé qu'une vente peut être prouvée par présomptions lorsque l'acheteur a un commencement de preuve par écrit (3). Il en est de même de la libération du débiteur (4). Pour le mandat, il se présente une légère difficulté : l'article 1985 porte que la preuve testimoniale du mandat donné verbalement n'est reçue que conformément au titre des *Contrats,* c'est-à-dire que si la chose excède la somme de 150 francs, il faut que les parties dressent un acte; d'où l'on conclut que la preuve ne peut s'en faire par présomptions. C'était oublier l'article 1347, qui fait exception à la prohibition de la preuve testimoniale lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; et quand la preuve par témoins est admise, le fait litigieux peut aussi être établi par présomptions (5).

(1) Cassation, 15 vendémiaire an XIV. Comparez Cassation, 27 août 1829 (Dalloz, au mot *Obligations,* nos 5034 1° et 5511), et arrêt de la cour de cassation de Belgique, 19 mars 1853 (*Pasicrisie,* 1853, 1, 231).

(2) Cassation, 29 août 1831 (Dalloz, au mot *Obligations,* n° 519, 4°).

(3) Rejet, 18 mai 1806 (Dalloz, au mot *Vente,* n° 61, 4°).

(4) Rejet, 26 novembre 1823 (Dalloz, au mot *Obligations,* n° 5015, 4°).

(5) Rejet, de la cour de cassation de Belgique, 25 juillet 1850 (Dalloz, 1851, 1, 179).

La cour de cassation a fait une application intéressante de ces principes dans l'espèce suivante. Une maison de commerce avait pour facteur en Gambie un commis auquel elle donnait un traitement annuel d'abord de 10,000 fr., puis de 12,000. A sa mort, on trouva 27,850 fr. placés par le défunt, et il lui était dû pour ses honoraires une somme de 45,762 fr. Ses patrons soutinrent contre les héritiers que les placements avaient été faits par le facteur avec les deniers de la caisse qu'il administrait et à compte des salaires qui lui étaient dus; ils n'attaquaient pas l'honorabilité de leur agent : il avait agi de bonne foi, publiquement, et dans l'intention de régler son compte; la mort l'empêcha de régulariser sa position. A l'appui de leurs allégations, les patrons se prévalaient d'un commencement de preuve par écrit, les présomptions abondaient: le facteur avait pour toute ressource son traitement, il lui était interdit de faire le commerce pour son compte; les titres de créance trouvés dans sa succession ne pouvaient donc provenir que de deniers appartenant à ses patrons; les circonstances dans lesquelles les placements s'étaient faits ne laissaient aucun doute sur ce point. Cette défense, admise par la cour d'appel, fut consacrée par la cour de cassation (1).

631. L'exception de l'article 1348 s'applique aussi aux présomptions. Quand le créancier a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, il est admis à faire preuve par témoins de l'obligation contractée envers lui. Mais le plus souvent les témoignages manquent également; dans ce cas, on recourt aux présomptions en vertu de l'article 1353. Voilà pourquoi cette disposition est d'une application très-fréquente.

Les délits et les quasi-délits se prouvent par présomptions, de même que par témoins. Il faut donc y apporter la restriction que la doctrine et la jurisprudence ont consacrée pour la preuve testimoniale, afin de concilier l'exception de l'article 1348 avec la règle de l'article 1341. La cour de Toulouse a jugé que l'abus du blanc seing ne

(1) Rejet, 20 mars 1865 (Dalloz, 1866, 1, 268).

peut être établi à l'aide de présomptions qu'autant que l'existence antérieure du blanc seing serait prouvée par écrit ou par un commencement de preuve par écrit (1).

L'article 1348 admet la preuve testimoniale quand le titre a été perdu par un cas de force majeure. La cour de cassation a jugé que lorsque la minute d'un jugement d'adjudication a été égarée par un événement fortuit, les présomptions sont admissibles pour reconnaître si ladite adjudication contenait une élection de domicile de l'adjudicataire chez son avoué, et l'appréciation de ces présomptions est abandonnée à la prudence et aux lumières du juge (2).

632. Le principe de l'article 1348 reçoit de nombreuses applications : toutes les fois qu'à raison de l'impossibilité de se procurer une preuve littérale la preuve testimoniale est admise, les présomptions le sont aussi. Ainsi les vices de consentement, la violence (3), le dol se prouvent par présomptions. Le dol se prouve le plus souvent par présomptions : l'on applique aux présomptions tout ce que nous avons dit de la preuve testimoniale du dol. On peut donc prouver par présomptions le dol qui vicie le consentement de l'une des parties contractantes (4). On a fait des objections peu sérieuses, la cour de cassation y répond d'une manière péremptoire. L'article 1116 dit que *le dol ne se présume pas* : cela veut-il dire que le dol ne peut être établi par des présomptions? Ce serait un mauvais jeu de mots; l'article 1116 dit lui-même en quel sens le dol ne se présume pas, c'est qu'il doit être prouvé. Quelles preuves sont admissibles? Toute preuve légale; donc les présomptions, lorsque la preuve testimoniale est admise; or, la loi dit que la prohibition de la preuve testimoniale souffre exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale; cela est décisif. Quand les parties ont dressé un écrit de leurs

(1) Toulouse, 5 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Abus de confiance*, nº 48). Voyez, plus haut, nº 556.
(2) Rejet, 9 avril 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 5041, 1º).
(3) Rejet, 5 février 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 193).
(4) Rejet, 20 février 1811 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 4935, 2º).

conventions, on fait d'autres objections. Aux termes de l'article 1319, l'acte authentique fait pleine foi et l'acte sous seing privé fait la même foi que l'acte authentique lorsqu'il est reconnu ou vérifié. Est-ce à dire que l'on ne puisse prouver que le consentement des parties a été surpris par dol? Ce n'est pas l'acte ni sa force probante que l'on attaque, c'est la convention que l'acte constate. On insiste et l'on dit qu'attaquer la convention, c'est prouver contre l'acte, ce que l'article 1341 défend de faire par témoins, et partant par présomptions. La réponse est la même : la preuve du dol s'attaque à la convention et non à l'acte. D'ailleurs l'article 1341, qui prohibe la preuve testimoniale contre le contenu à l'acte, reçoit une exception quand le demandeur n'a pu se procurer une preuve littérale, et tel est bien le cas où son consentement a été surpris par dol (1).

La fraude est ingénieuse pour se défendre, après qu'elle a ourdi ses trames pour surprendre le consentement, mais la défense ne consiste qu'en mauvaises chicanes. On convient que le dol peut être invoqué pour attaquer l'acte, mais, dit-on, les tiers seuls sont admis à cette preuve. La cour de cassation ne s'est pas donné la peine de répondre à cette interprétation de l'article 1353 (2). Elle confond le dol et la simulation. Il est vrai que les parties contractantes ne peuvent pas, en général, prouver la simulation par témoins ni par présomptions, tandis que les tiers le peuvent, parce qu'ils ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de la simulation (3).

Il a été jugé, par application de ces principes, que les tiers pouvaient attaquer un acte pour cause de simulation et que la simulation pouvait se prouver par témoins, alors même que l'acte constatait la numération des espèces. On objectait que la numération des espèces était prouvée jus-

(1) Rejet, 1er février 1832, 22 avril 1828 (Dalloz, n° 5043, 6° et 7°); 17 août 1853 (Dalloz, 1854, 5, 594); Gand, 15 février 1849 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 143).
(2) Rejet, 3 juin 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4935, 3°).
(3) Paris, 26 novembre 1836, et Rejet, 30 avril 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1034). Rejet, chambre civile, 9 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 311).

qu'à inscription de faux. Sans doute le fait matériel de la numération des espèces est prouvé jusqu'à inscription de faux, mais la numération ne peut-elle pas être simulée? et le notaire a-t-il mission et capacité de constater la vérité des déclarations des parties et des faits matériels qui se passent devant lui? La cour de cassation a rétabli les vrais principes en décidant que les tiers étaient admis à prouver la simulation par de simples présomptions (1).

633. Nous avons supposé, dans ce que nous venons de dire, que l'article 1353 n'a fait qu'appliquer aux présomptions les principes que la loi établit sur la preuve testimoniale. La fin de l'article semble, au contraire, déroger à ces principes. Après avoir dit que le magistrat ne peut admettre les présomptions simples que dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales, l'article 1353 ajoute : « à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. » Prise à la lettre, cette réserve signifie que les présomptions sont admises pour établir la fraude et le dol, par exception à la règle qui assimile les présomptions aux témoignages ; de sorte qu'il faudrait en conclure que la fraude et le dol ne se prouvent pas par témoins. Cette interprétation est inadmissible, car elle fait dire à l'article 1353 le contraire de ce qui est dit en l'article 1348. Le principe établi par l'article 1348 est général, absolu : *toutes les fois* qu'il a été impossible à la partie intéressée de se procurer une preuve littérale, elle est admise à prouver par témoins le fait litigieux ; or, le dol et la fraude ne se constatent pas par écrit, donc l'article 1348 autorise la preuve testimoniale dans tous les cas où l'acte est attaqué pour cause de fraude et de dol. Peut-on supposer que le législateur ait dit dans l'article 1353 le contraire de ce qu'il a dit dans l'article 1348?

Là n'est point la véritable difficulté que présente l'article 1353. La doctrine et la jurisprudence, bien loin de restreindre l'article 1348 par l'article 1353, donnent au principe de l'article 1348 une plus grande extension en vertu de l'article 1353. On admet généralement que l'ar-

(1) Cassation, 16 juin 1816 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3114, 1°)

ticle 1353 permet d'une manière absolue de prouver la fraude par témoins, tandis que l'article 1348 n'autorise la preuve testimoniale de la fraude qu'à raison de l'impossibilité où s'est trouvé le créancier de se procurer une preuve littérale et, par conséquent, dans les limites de cette impossibilité. Nous avons combattu l'opinion générale. A notre avis, l'article 1353 ne déroge en rien à l'article 1348, il ne fait qu'assimiler les présomptions aux témoignages. C'est la doctrine traditionnelle. Danty disait que la loi regarde les présomptions comme des témoignages (1). Or, l'article 1348 n'admet les témoignages pour prouver la fraude que dans les cas où il a été impossible d'avoir une preuve littérale; ce qui est décisif.

Faut-il faire exception pour la fraude qui s'attaque à la loi? Nous avons d'avance répondu à la question ; en théorie, l'on doit admettre toute preuve, même les simples présomptions, pour dévoiler et réprimer la fraude par laquelle on cherche à éluder la loi. Mais le code ne consacre pas cette théorie; il faut donc s'en tenir au principe de l'article 1348, c'est-à-dire n'admettre la preuve testimoniale de la fraude que lorsque la partie intéressée n'a pu s'en procurer une preuve littérale. Du reste, comme l'impossibilité morale suffit pour l'application de l'article 1348, on aboutit à peu près au même résultat que la jurisprudence (n° 577), mais on y arrive par une voie légale, tandis que la jurisprudence fait la loi (2).

634. La jurisprudence pose comme principe que le juge peut admettre des présomptions simples lorsqu'un acte est attaqué pour cause de fraude à la loi (3). Par application de ce principe, la cour de cassation a jugé, chambres réunies, que les présomptions étaient admissibles pour établir qu'un billet a été souscrit comme dédit d'une promesse de mariage. Nous préférons la décision de la cour de Gand, qui admet également les présomptions,

(1) Danty sur Boiceau, VII, 62, p. 243.

(2) Comparez Duranton, t. X, n° 196 et t. XIII, n° 530. Aubry et Rau, t. VI, p. 466, note 29, § 765. Larombière, t. V, p. 379, n° 4 (Ed. B., t. III p. 299).

(3) Rejet, 14 novembre 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1684, 6°).

mais en se fondant sur l'article 1348 (n° 598). La cour de cassation applique encore l'article 1353 aux dettes de jeu et décide que cet article fait exception à l'article 1341 (1). Il nous est difficile d'admettre qu'un article étranger à la preuve testimoniale déroge à une disposition qui contient les principes fondamentaux sur la preuve par témoins. Cependant, au fond, la cour a bien jugé. Le débiteur ne peut pas, dans l'espèce, se procurer une preuve littérale de la cause illicite qui vicie la dette de jeu; donc l'article 1348 est applicable et, par suite, il est admis à prouver par présomptions que le billet qu'il a souscrit a pour cause une dette de jeu.

D'ordinaire la fraude et la simulation sont concertées entre les parties contre les tiers. Dans ce cas, il n'y a plus aucun doute : les tiers peuvent toujours invoquer l'exception de l'article 1348, et partant aussi le bénéfice de l'article 1353. La simulation frauduleuse se prouve régulièrement par présomptions : tel est le fidéicommis fait au profit d'un incapable, par exemple, une congrégation religieuse (2). Les héritiers sont, en cette matière, considérés comme des tiers; ils sont donc admis à prouver par présomptions qu'une donation a été faite en fraude du rapport (3) ou en fraude de la réserve (4). La vraie raison de décider est, comme le dit la cour de Bruxelles, que les héritiers sont dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de la fraude qui a été pratiquée contre eux (5); la jurisprudence française se borne à dire qu'il y a fraude à la loi.

635. Quand le demandeur n'a pas été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, il ne peut invoquer ni la preuve testimoniale ni les présomptions. La cour de Dijon l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Un ascendant demande qu'on lui attribue, à titre de retour légal, certains immeubles qu'il prétend avoir donnés à son

(1) Rejet, 4 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 441).
(2) Bruxelles, 13 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 191). Comparez Limoges, 13 mai 1867 (Dalloz, 1867, 2, 81).
(3) Rejet, 20 mars 1863 (Dalloz, 1865, 1, 285).
(4) Rejet, 18 août 1862 (Dalloz, 1863, 1, 144).
(5) Bruxelles, 28 juillet 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 165).

descendant prédécédé. Ces immeubles avaient été achetés par un notaire en adjudication publique ; postérieurement il les avait transmis au fils du demandeur. Celui-ci prétendait que l'acquisition avait eu lieu pour son fils et que l'acte subséquent était une donation déguisée faite par personne interposée. L'ascendant n'invoquait que des présomptions ; la cour décida que les présomptions n'étaient pas admissibles contre un acte authentique dont elles tendaient à changer le caractère (1).

N° 2. FORCE PROBANTE DES PRÉSOMPTIONS DE L'HOMME.

636. L'article 1353 dit que le magistrat ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes. Il ne suffit donc pas qu'il y ait des présomptions, il faut qu'elles présentent les caractères déterminés par la loi. Les présomptions reposent sur une probabilité ; or, il y a des degrés dans la probabilité. Quand il s'agit de décider une contestation, le juge doit avoir la conviction que le droit qu'il reconnaît et qu'il sanctionne existe ; il lui faut donc la certitude ; partant les probabilités que l'une des parties invoque doivent donner au magistrat une conviction certaine. C'est en ce sens que la loi dit que les présomptions doivent être graves ; une légère probabilité ne suffit point pour engendrer la certitude légale. Les présomptions doivent être précises ; elles consistent en un raisonnement, il faut que la conséquence découle logiquement du fait connu dont le juge déduit le fait inconnu. Enfin, les présomptions doivent être concordantes : il peut y avoir des probabilités pour et des probabilités contre ; si l'une détruit l'autre, elles ne peuvent plus produire la certitude légale ; il en résultera, au contraire, l'incertitude, le doute, et dans le cas de doute, le juge ne peut pas adjuger les conclusions (2).

(1) Dijon, 28 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 188).
(2) Duranton, t. XIII, p. 574, n° 533. Larombière, t. V, p. 381, n° 7 (Éd. B., t. III, p. 299).

Cette dernière condition que la loi exige implique qu'il y a plusieurs présomptions. En faut-il conclure que le juge ne pourrait pas décider le procès sur une présomption unique? Pothier semble le dire : quelquefois, dit-il, le concours de plusieurs présomptions réunies ensemble équipolle à une preuve. C'est aussi l'avis de Toullier (1), mais il est resté isolé. Le code n'exige pas qu'il y ait plusieurs présomptions, il veut seulement, s'il y en a plusieurs, qu'elles soient concordantes; il a rejeté le vieil adage : *Testis unus, testis nullus;* or, les présomptions sont assimilées aux témoignages : pourquoi le juge ne pourrait-il pas fonder sa décision sur une seule présomption quand elle lui donne une entière certitude, de même qu'il peut invoquer un seul témoignage?

637. Nous citerons un exemple emprunté à la jurisprudence. La Bibliothèque nationale réclama, comme lui appartenant, un autographe de Montaigne qui se trouvait entre les mains d'un homme de lettres. Elle soutenait que cette pièce avait été égarée ou soustraite, ce qui lui permettait de la revendiquer contre un tiers possesseur de bonne foi. La demanderesse invoquait les articles 1348 et 1353, en vertu desquels elle était admise à prouver le fait de la perte ou du vol par témoins et par présomptions. De témoins, il n'y en avait pas; mais il y avait une présomption. La lettre de Montaigne était insérée dans un ouvrage publié sous le titre de : *Galerie française ou collection de portraits des hommes et des femmes célèbres qui ont illustré la France dans les* XVIe, XVIIe *et* XVIIIe *siècles avec un fac-simile d'autographes*. On lit dans cet ouvrage une note ainsi conçue : « La lettre suivante est la seule que possède la Bibliothèque royale; elle fait partie du volume ayant pour titre : *Lettres françaises de divers grands hommes.* » La cour trouva dans cette note une présomption grave établissant que l'autographe de Montaigne faisait partie d'une des collections de la Bibliothèque nationale; elle en conclut qu'il n'avait pu sortir du domaine de la Bibliothèque que par une

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 849. Toullier, t. V, 2, p. 17, n° 20.

soustraction. Vainement le possesseur invoquait-il sa bonne foi et la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; le code fait exception à la règle quand il s'agit d'une chose égarée ou volée (1).

638. Il est inutile de multiplier les exemples; les présomptions varient d'une espèce à l'autre, de sorte qu'en cette matière les arrêts ne peuvent guère servir de précédents. De plus, les juges du fait jouissent d'un pouvoir discrétionnaire. Cela résulte des termes mêmes de la loi: « Les présomptions, dit l'article 1353, qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat. »

La cour de cassation a jugé, par de nombreux arrêts, qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier les présomptions qui ne sont pas établies par la loi et de les déclarer graves, précises et concordantes (2), que cette appréciation est de leur domaine exclusif (3), que leurs décisions, en cette matière, sont discrétionnaires et souveraines (4) : c'est dire qu'elles échappent nécessairement au contrôle de la cour de cassation (5). Cela suppose toutefois que la cour d'appel s'est bornée à apprécier les faits. Si elle avait admis les présomptions dans un cas où la loi les rejette, elle jugerait en droit et sa décision serait sujette à cassation. De même si le premier juge avait admis comme présomption légale une de ces présomptions de droit dont l'ancienne jurisprudence était si prodigue, il y aurait encore lieu à cassation. Les présomptions de droit que l'on admettait jadis et que le code n'a pas maintenues ne peuvent plus être invoquées qu'à titre de présomptions de l'homme. Ainsi les cours décident en fait que lorsque le débiteur représente une quittance du dernier terme d'une rente qui ne contient aucune réserve, il y a présomption que les termes antérieurs ont été payés, alors

(1) Paris, 18 août 1851 (Dalloz, 1852, 2, 96).
(2) Rejet, 11 novembre 1806 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5020, 1°).
(3) Rejet, 4 janvier 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4969).
(4) Rejet, 27 avril 1830 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 5043, 7°).
(5) Rejet, 21 août 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5020, 6°). Rejet, de la cour de cassation de Belgique, 22 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1822, 1, 298).

surtout que le créancier est resté plusieurs années sans agir (1). Il a été jugé, en ce sens, que la quittance donnée sans réserve par un notaire pour des frais d'actes reçus par lui, fait présumer le payement des frais concernant des actes antérieurs (2).

639. D'ordinaire le juge puise les présomptions dans les faits et les circonstances de la cause. Peut-il les puiser en dehors de la cause, par exemple, dans des instances judiciaires antérieures? Quand ce sont les mêmes parties qui ont figuré, l'affirmative n'est pas douteuse. La jurisprudence va plus loin; elle admet que les juges peuvent chercher des présomptions dans des actes étrangers aux parties plaidantes. On a objecté devant la cour de cassation de Belgique le vieil adage : *Res inter alios acta, aliis nec prodesse nec nocere potest*, adage que le code a consacré dans l'article 1165 : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent pas aux tiers et elles ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. C'était confondre la preuve résultant des actes avec l'effet des conventions, confusion si habituelle, que l'interprète est obligé de la signaler à chaque pas. Dans l'espèce, comme le dit la cour de cassation, la cour d'appel n'avait pas invoqué l'acte comme conférant un droit à l'une des parties sur le terrain litigieux, elle s'en était uniquement prévalue pour établir qu'anciennement le terrain litigieux était un pâturage communal, ce qui fournissait une présomption pouvant servir, avec les autres pièces du procès, à prouver que ledit terrain constituait de sa nature une propriété de la commune (3). On s'est aussi prévalu de la maxime analogue qui régit les effets de la chose jugée; de ce qu'elle ne peut nuire ni profiter aux tiers, on concluait que le juge n'y peut puiser des présomptions. La loi donne au juge un pouvoir discrétionnaire de puiser ses présomptions où il veut, donc

(1) Colmar, 22 mai 1812 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4850, 1°). Comparez Angers, 27 juillet 1816 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5015, 3°).
(2) Bordeaux, 8 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Notaire*, n° 530).
(3) Rejet, 27 juillet 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 1, 291).

dans les documents d'une instance judiciaire, comme dans tout autre acte (1), même dans une requête faite au cours d'une procédure criminelle (2).

(1) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 28 avril 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 362). Bruxelles, 12 août 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 168).
(2) Aix, 4 mai 1874 (Dalloz, 1875, 2, 52).

FIN DU TOME DIX-NEUVIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE IV. — Des obligations (suite).

CHAPITRE VII. — De l'extinction des obligations (suite).

Section VII. — *De l'action en nullité ou en rescision des conventions* (suite).

Article 1. De l'action en nullité.

§ Ier. *De la prescription de l'action en nullité.*

N° 1. Principe.

N° 2. Conditions.

I. *Des contrats inexistants.*

II. *Des actes nuls.*

1. Principe.

2. Application.

III. *Des actes auxquels l'article 1304 n'est pas applicable.*

N° 3. Point de départ de la prescription.

I. *Règle générale.*

II. *Exceptions.*

1. Des actes qui ne peuvent être confirmés au moment où ils sont passés.

2. De l'action en nullité pour cause d'incapacité.

II. *Loi hypothécaire.*

CHAPITRE VIII. - DES PREUVES.

SECTION I. — *Notions générales.*

SECTION II. — *De la preuve littérale*

ARTICLE 1. Du titre authentique.

§ Ier. *Conditions requises pour l'authenticité.*

I. *Un officier public.*

II. *De la preuve contraire.*

Nº 4. Des énonciations.

I. *Force probante des énonciations entre les parties.*

II. *De la force probante des énonciations à l'égard des tiers.*

III. *De la maxime* : In antiquis enuntiativa probant.

Nº 5. Des contre-lettres.

IV. *Conséquence de l'irrégularité.*

N° 3. Article 1326.

I. *Principe.*

II *Applications.*

III. *Formes.*

IV. *Des exceptions.*

V. *Conséquence de l'irrégularité.*

§ II. *De la force probante de l'acte sous seing privé.*

N° 1. Notions générales.

N° 2. Foi de l'acte sous seing privé.

I. *Entre les parties.*

II. *Mention d'une obligation.*

III. *Production des registres.*

§ III. *Mentions libératoires de l'article 1332.*

N° 1. Mentions libératoires du premier alinéa de l'article.

N° 2. Mentions libératoires écrites sur le double d'un titre.

N° 3. Mentions libératoires faites sur une quittance.

§ IV. *Les tailles.*

§ V. *Des copies des titres.*

N° 1. Du titre original et des copies.

N° 2. De la force probante des copies.

I. *Des copies de l'article* 1335, n° 1

II. *Des copies de l'article* 1335, *n°* 2.

III *Des copies du n° 3 de l'article* 1335.

IV. *Des copies du n° 4 de l'article* 1335.

V. *De la transcription.*

VI. *De l'enregistrement.*

§ VI. *Des actes récognitifs.*

N° 1. Acte récognitif et titre primordial.

N° 2. Force probante des actes récognitifs.

I. *Des actes récognitifs* in forma speciali.

II. *Des actes récognitifs* in forma communi.

SECTION III. — *De la preuve testimoniale.*

ARTICLE 1. Notions générales.

ARTICLE 2. Les deux principes.

§ Ier. *Le premier principe.*

N° 1. Sens du principe.

I. *Les faits juridiques et les faits purs et simples.*

II. *Article* 1346.

§ II. *Deuxième principe*.

N° 1. Lettres passent témoins.

N° 2. Applications.

I. *La date*.

II. *L'interprétation de l'acte*.

III. *Modifications*.

IV. *Extinction de l'obligation*.

ARTICLE 3. Les exceptions.

§ Ier. *Du commencement de preuve par écrit.*

N° 1. Conditions.

I. *Un écrit.*

II. *De qui l'écrit doit émaner.*

1. De celui à qui on l'oppose.

a) *Comment prouve-t-on que l'acte émane de celui à qui on l'oppose?*

b) *De l'interrogatoire sur faits et articles.*

I. *Des vices de consentement.*

1. Les parties.

2. Les tiers.

II. *La simulation.*

1. Entre les parties.

2. A l'égard des tiers.

SECTION IV. — *Des présomptions.*

§ Ier. *Des présomptions légales.*

N° 1. Quand y a-t-il présomption légale?

N° 2. Force probante des présomptions légales.

I. *Règle applicable à toutes les présomptions légales.*

II. *Les présomptions légales admettent-elles la preuve contraire?*

§ II. *Des présomptions de l'homme.*

N° 1. Quand ces présomptions sont-elles admissibles?

N° 2. Force probante des présomptions.

